Die Unterhaltspflichten im deutschen internationalen Privatrecht.

Inaugural-Dissertation

von

Adolf Bing, München

zur

Erlangung der Doktorwürde an der jur. Fakultät der Friedrichs-Alexander-Universität zu Erlangen

München 1931

Otto Maidl Verlag

82:46

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALT:

EINLEITUNG. Seite

§ 1. Gegenstand der Untersuchung 6
§ 2. Die Gesetzesquellen, ihre Auslegung und Ergänzung 8

I. TEIL.

§ 3. Was unterliegt der Regelung durch das für die Unterhaltspflicht maßgebende Recht 13

II. TEIL.

Die grundsätzlichen Anknüpfungspunkte für die verschiedenen Unterhaltspflichten.

§ 4. Die gegenseitigen Unterhaltspflichten der Ehegatten 22
§ 5. Der Unterhalt zwischen Eltern und ehelichen Kindern 37
§ 6. Die Unterhaltspflichten bei Legitimation u. Adoption 43
§ 7. Die Unterhaltspflichten bei der unehelichen Kindschaft 48
§ 8. Die Unterhaltspflichten zwischen Verwandten zweiten oder entfernteren Grades; zwischen Verschwägerten; die Ausgleichspflichten 59
§ 9. Der Unterhaltsanspruch, der mit einem Erben schwangeren Mutter; der Dreißigste 69
§ 10. Subsidiäre Anknüpfung bei den familien- und erbrechtlichen Unterhaltsansprüchen infolge Fehlens oder Mehrdeutigkeit der grundsätzlichen Anknüpfung . 72
§ 11. Deliktische Unterhaltsansprüche 74
§ 12. Der Unterhaltsvertrag im internationalen Privatrecht 79

III. TEIL.

Unabwendbarkeit des durch den Anknüpfungspunkt gewiesenen Rechts aus rechtspolitischen Gründen.

§ 13. EG. Art. 27 und Art. 28 93
§ 14. EG. Art. 30 96

IV. TEIL.

§ 15. Einfluß ausländischer international privatrechtlicher Beurteilung der Unterhaltspflichten 111

NACHWORT.

§ 16. Rechtsvereinheitlichung 115

Verzeichnis der hauptsächlich benutzten Literatur.

Bicknell, The law and practice in relation to infants, London 1928.

Dalloz, Nouveau Code Civil, Paris 1900–1907.

Dalloz, Répertoire pratique de législation de Doctrine et de Jurisprudence, Bd. 1, Paris 1910.

Dicey, The conflict of laws, Fourth Edition, London 1927.

Dittmann, Die sechs Haager Abkommen über internationales Privatrecht und Zivilprozeßrecht, München, C. H. Beck 1914.

Egger Dr. A., Kommentar zum schweizer Zivilgesetzbuch, Zürich 1914.

Ehrenzweig Dr. Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien 1923.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Teil 30.–34. Auflage 1928, 4. Teil 18.–20. Auflage 1928, Marburg.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Eversley, Law of the Domestic relations, 4. Auflage, London 1926.

Frankenstein Ernst, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Berlin, bei Dr. W. Rotschild, 1926/1929.

Geldart, Die Grundzüge des englischen Rechts i. d. Uebersetzung von A. Werth Regendanz, Berlin 1929.

Gmür Dr. M., Kommentar zum schweizer Zivilgesetzbuch, 2. Auflage Bern.

Habicht Dr. Hermann, Internationales Privatrecht, Berlin, J. Guttentag 1907.

Juristische Wochenschrift.

Kahn Dr. Franz, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, 2. Bände, München-Leipzig, Dunker und Humblot 1928.

Lapradelle-Niboyet, Répertoire de droit international, Paris 1929/30.

Lewald Dr. Hans, Das deutsche internationale Privatrecht, Leipzig B. Tauchnitz 1930, 1931.

Magnus, Tabellen zum internationalen Recht, 2. Heft, Staatsangehörigkeitsrecht, Berlin F. Vahlen 1926.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B., Berlin Dekkers Verlag 1899.

Neumeyer Dr. Karl, Internationales Privatrecht, i. Encyclopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft, Berlin, Jul. Springer 1923.
Niemeyer Dr. Theodor, Das internationale Privatrecht, Berlin, J. Guttentag, 1901.
Niemeyer Dr. Theodor, Vorschläge und Materialien zur Codifikation des internationalen Privatrechts Berlin 1898.
Niemeyer Dr. Theodor, Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (Die Gebhardschen Materialien), München-Leipzig, Dunker und Humblot 1915.
Pillet-Niboyet, Manuel de droit international privé, Paris 1924.
Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Herausgeber Schlegelberger, Bd. 1 und 2, Berlin, F. Vahlen 1929.
Reichsgerichtsrätekommentar, genau: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG, 7. Auflage, Berlin 1929.
Schulhöfer Edith, Typen der Adoption, eine rechtsvergleichende Studie 1928.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem EG. 9. Auflage, I. Schweitzer, München-Leipzig.
Stein-Jonas, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Auflage Tübingen, Paul Siebeck 1928/29.
Von Tuhr Andreas, Schweizer Obligationsrecht, Tübingen, Paul Siebeck 1924.
Tomforde, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, 3. Auflage Berlin 1930.
Weitpert-Richter, Die Rechtsverfolgung der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder im Ausland, München 1929.
Makarov, Quellen des internationalen Privatrechts, als 8. Bd. in Leske-Loewenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, erschienen, 1929.
Zittelmann Ernst, Internationales Privatrecht, Bd. II. Dunker und Humblot 1912.

Im allgemeinen sind die Werke nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; Lapradelle-Niboyet »Répertoire de droit international« ist zur besseren Unterscheidung von Pillet-Nyboyet (Manuel de droit international prive) mit: Répertoire de droit international zitiert.

Einleitung.

§ 1. Gegenstand der Untersuchung.

Das Rechtsgebiet, in dem sich die Untersuchung bewegt, ist das deutsche Internationale Privatrecht (I.P.R.). Es beantwortet die Frage, welcher Staat zuständig ist für die Regelung eines bestimmten bürgerlich-rechtlichen Tatbestands[1]). Der bürgerlich-rechtliche Tatbestand, für dessen Regelung diese Frage beantwortet werden soll, ist die privatrechtliche Unterhaltspflicht samt den damit zusammenhängenden Ausgleichspflichten. Das öffentlich-rechtliche Unterhalts- und Fürsorgerecht scheidet aus; seine Projektion auf die Ebene der sog. »Collisionsnormen« ist im Internationalen Verwaltungsrecht zu behandeln. Die private Unterhaltpflicht ist die rechtliche Verpflichtung einer Person, für die Lebensbedürfnisse einer anderen aufzukommen.

Nach deutschem materiellen Privatrecht sind drei Gruppen von Unterhaltspflichten zu unterscheiden:

Die Unterhaltspflicht kann aus einem familienrechtlichen Verhältnis erwachsen, das als bestehendes Dauerverhältnis die Unterhaltspflicht fortwährend neu erzeugt (Staudinger, Vorbem. 2,b zu § 1601 BGB.), ausnahmsweise auch aus einem nicht mehr bestehenden, nämlich bei der durch Scheidung aufgelösten Ehe, als Fortwirkung dieser früheren besonders engen Rechtsbeziehung. Unbekannt ist dem deutschen Recht in dieser Gruppe unter anderem eine Unterhaltspflicht Verwandter in der Seitenlinie oder Verschwägerter, im Gegensatz zu manchen ausländischen Rechtsordnungen. Da das I.P.R. nach der heute allgemein herrschenden richtigen Ansicht nicht nur die Zuständigkeit des inländischen (deutschen) Rechts, sondern allgemein die des jeweils zuständigen Rechts zur Regelung eines Tatbestands festzustellen hat, dessen Bestandteile nach verschieden Rechtsordnungen hinweisen, so ist natürlich auch für solche Unterhaltspflichten, die das deutsche materielle Recht nicht kennt, in den Collisionsnormen (C N.) eine Lösung für die international privatrechtliche Frage zu

[1]) Vergl. Neumeyer I.P.R. § 2; Niemeyer I.P.R. S. 10; Kahn Bd. 1 S. 162 »Lehre vom ordre public, Definition der Grenznorm«, Enneccerus 1928 Bd. 4 S. 132 f; Habicht I.P.R. S. 6.

geben[2]) Zwar haben die deutschen C.N. natürlich die Institutionen des deutschen materiellen Rechts im Auge, dem auch die Qualifikation der Normbestandteile grundsätzlich zu entnehmen ist (Vergl. Neumeyer I P.R. § 9); da sie aber wie jedes I.P.R. wegen des inneren Zusammenhangs ganzer Rechtskomplexe »Typenlösungen« (Neumeyer) geben, entsteht dadurch erst die Möglichkeit, einen bestimmten Tatbestand mit Hilfe der Subsumption unter den Rechtstyp dem fremden, vielfach abweichenden materiellen Recht zu überlassen; durch Einordnen in den Typ wird es erst möglich, das fremde Recht, das zum Teil auch Rechte und Rechtsverhältnisse kennt, die unserem Recht überhaupt unbekannt sind und die bei einer Einzelverweisung unserer C.N. auf der Grundlage der Einzelinstitutionen unseres materiellen Rechts gar nicht zur Geltung kommen könnten, ohne Verzerrung durch unser materielles Recht zur Anwendung zu bringen; andernfalls wäre das Ergebnis: quod non est in iure nostro, non est in iure adhibendo. Zwar kennt z.B. unser materielles Recht nicht die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten, aber es kennt immerhin den Typ des Rechtsverhältnisses der Verwandtschaft überhaupt, auch in der Seitenlinie (BGB. § 1589 Abs. 1) und der Schwägerschaft (BGB. § 1590); die Verweisung des Unterhaltsrechts der Verwandten en bloc an ein durch den Anknüpfungspunkt bestimmtes

[2]) Vergl. Neumeyer, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts 1911, S. 438, I.P.R. § 1. Anders Frankenstein, der von seinem grundsätzlichen Ausgangspunkt, der Staatsangehörigkeit für alle C.N. als »primärem« Anknüpfungspunkt apriori, nur für den Kreis der Staatsangehörigen die positive Bestimmung »secundärer« Anknüpfungspunkte zuläßt, während er eine Unterwerfung ausländischer Staatsangehöriger unter dieselben, »Pseudoanknüpfung«, als Uebergriff der Rechtsordnung grundsätzlich ablehnt. Jeder an einem Rechtsverhältnis Beteiligte untersteht seinem Heimatrecht, bezw. dem von diesem in »secundärer« Anknüpfung bestimmten Recht, also praktisch in den meisten Fällen von Beteiligten mit verschiedener Staatsangehörigkeit eine Art Kumulation der Rechtsordnungen. Zu einer eingehenden Kritik ist hier nicht der Platz; bemerkt sei, daß das Staatsangehörigkeitsprinzip in den begründenden Ausführungen (Bd. 1, S. 38 f, S. 53) als eine Art Naturrechtssatz erscheint, nicht als legislative Auswahl unter einer Reihe von möglichen begründeten Ausgangspunkten (Wohnsitz!). Die Verwicklungen und Widersprüche, die sich aus der Relativität der international-privatrechtlichen Beurteilungen eines Tatbestands in verschiedenen Rechtsordnungen ergeben, werden durchaus nicht beseitigt; das kann vielmehr nur durch eine Vereinheitlichung des I.P.R. in allen Rechtsordnungen erreicht werden, gleichgiltig, welches System dann zugrunde gelegt wird.

Recht gibt die Möglichkeit, eine Unterhaltspflicht der Verwandten in der Seitenlinie zur Geltung zu bringen, wenn sie nach diesem maßgebenden Recht besteht.

Der Fall, daß ein Verhältnis als rechtlich für den Unterhalt bedeutsame Institution, die sie in einem ausländischen Recht darstellt, in keinen Typ des deutschen Rechts eingereiht werden kann, soll unter « 4 und § 14,II 2 C erörtert werden.

Eine zweite Gruppe bilden die Pflichten, für die Lebensbedürfnisse eines anderen auf Grund eines Delikts aufzukommen nach deutschem materiellen Recht keine »Unterhaltspflicht« im Sinne des gesetzestechnischen Ausdrucks, sondern eine Schadenersatzpflicht auf Grund unerlaubter Handlung (R.G. 55,30; Planck 4. Aufl. Bd. 2,2 Anm. 4 zu BGB. § 843); wenn man aber von dem ganz verschiedenen Entstehungsgrund der Verpflichtungen in diesen beiden Gruppen absieht und nur den Inhalt dieser Verpflichtungen betrachtet, so stellen sich auch diese Deliktsverpflichtungen als Unterhaltspflichten in dem oben angegebenen Sinne dar. Ueber das Verhältnis der deutschen C N. zu ausländischen, dem deutschen materiellen Recht unbekannten Institutionen gilt das bei Gruppe 1 Gesagte.

Die letzte Gruppe ist die der vertraglichen Unterhaltspflicht, formell gegenüber den obligationes legis der beiden ersten Gruppen eine geschlossene Sondergruppe, materiell zu scheiden in Unterhaltsverträge, durch die eine gesetzliche Unterhaltspflicht und ihre Erfüllung nur näher geregelt wird und solche, durch die ohne gesetzlichen Zwang Unterhaltspflichten frei übernommen werden. Die letzteren sollen hier nur insoweit untersucht werden, als sie ihren Schwerpunkt in der Unterhaltspflicht haben; gegenseitige Verträge, bei denen die Gewährung von Unterhalt sich als Entgelt für Dienst- oder Werkleistungen oder andere Leistungen darstellt, scheiden aus.

§ 2. Die Gesetzesquellen, ihre Auslegung und Ergänzung.

1) Ein überstaatliches I. P. R. gibt es nicht (Vergl. Neumeyer I. P. R. § 4, § 6).

2) Was die im Laufe der Jahre an praktischer Wichtigkeit immer mehr verlierende Frage des Verhältnisses zwischen zeitlichen und örtlichen C. N. anlangt, so geht die herrschende Meinung in Wissenschaft und Praxis dahin, daß auf einen Tatbestand diejenigen C. N. zur Anwendung gelangen, die bei

seiner Entstehung in Geltung stehen; er tritt, wie Neumeyer I. P. R. § 14 sagt, bei seiner Entstehung unter die zur Zeit geltende Gesamtrechtsordnung[3]). Soweit jedoch für die örtlichen C. N. das Wandelbarkeitsprinzip gilt, wird es des inneren Zusammenhangs wegen auch für die zeitlichen C. N. gelten, also z. B. für die Unterhaltspflichten zwischen Eltern und Kindern (Vergl. § 5 der Abhandlung)[4]). Soweit sich aus der Natur einzelner, hier einschlägiger C. N. Besonderheiten ergeben, sollen sie mit diesen Normen zusammenbehandelt werden.

3) Während das heute geltende materielle deutsche Bürgerliche Recht durch das Bürgerliche Gesetzbuch kodifiziert wurde, ist das für das I. P. R. durch das E. G. B. G. B. Art. 7–31 nicht geschehen, das vielmehr nur eine sehr lückenhafte, allerorts genügend kritisierte Teilregelung der Materie bringt.

Auch für unseren Gegenstand ist die Regelung lückenhaft. Soweit die Unterhaltspflicht nur ein Teil bestimmter im E. G. behandelter Familienrechtsbeziehungen ist oder in die Reihe der aus unerlaubter Handlung entstehenden Verbindlichkeiten gehört, ist das I. P. R. der Unterhaltspflichten durch die Regelung dieser umfassenden Typen im Grundriss mitbestimmt. Für die Rechtsbeziehungen der Verwandten vom zweiten Grad ab und für den Vertrag fehlt jede Bestimmung; die getroffenen Bestimmungen bergen viele Zweifelsfragen.

Für die Auslegung des EGBGB. gelten die allgemeinen Vorschriften, wonach maßgebend ist: Wortlaut des Gesetzes,

[3]) Vergl. auch Enneccerus S. 132 f; Lewald S. 4; Habicht S. 28 f; davon zum Teil abweichend Kahn Bd. 1 »das zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen C. N.«, der mit Recht geltend macht, daß für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses, das von dem Inkrafttreten des BGB. keine Beziehungen zum deutschen Territorium gehabt hat, keinesfalls die früheren landesrechtlichen C. N. in Betracht kommen sollten (so auch Frankenstein Bd. 1, S. 248). Dagegen nimmt Kahn in § 7 wohl zu Unrecht an, daß die Weiteranwendung der früheren C. N. auch dann ausgeschlossen sei, wenn unter der Herrschaft des früheren Rechts zwar eine Beziehung des Rechtsverhältnisses zum Inland bestand, diese Beziehung aber nicht die nach der bisherigen C. N. maßgebende Anküpfung bildete. Vergl. für den Fall, daß die früheren C. N. Anwendung finden § 8 und § 9 der Abhandlung.

[4]) Kahn a. a. O. § 20 schließt von der zeitlichen Wandelbarkeit des materiellen Rechts auf die der zugehörigen örtlichen C. N.; für den engen Zusammenhang zwischen der Wandelbarkeit des materiellen Rechts und der zugehörigen örtlichen C. N. zu vergleichen z. B. EGBGB. Art. 199, 203 mit Art. 14, 19; andererseits Art. 208 Abs. 1, 2. Halbsatz mit Art. 21.

systematische und historische Argumente (Niemeyer S. 7 f; R. G. 89, 187; 90, 57, 97, 314; 111, 11), Zweckmomente (R. G. 111, 20; 111, 34).

Die Lücken sind mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des EG., seine erkennbaren allgemeinen Grundsätze und Zweckmomente auszufüllen (vergl. Lewald, der mit Recht auf den auch bei uns als Gewohnheitsrecht anerkannten Gedanken des Art. 1 des Schweizer Zivilgesetzbuchs (Schw. ZGB.) hinweist; ferner Enneccerus Bd 1, S. 132 f), wobei allerdings zu beachten ist, daß mit der Technik der Analogie oder des Gegenschlusses nur da zu arbeiten ist, wo das EG. wenigstens einen Ausschnitt aus der Materie regelt und somit seine Grundsätze und Zwecke erkennbar macht (vergl. Habicht S. 28 f) soweit das nicht geschehen ist, wie z. B. für das ganze Schuldrecht, kann aus der Vorgeschichte des Gesetzes geschöpft werden. Das Recht, das die zahlreichen großen Lücken des EG. ausfüllt, ist Gewohnheitsrecht, dessen Haupterkenntnisquellen für das I. P. R. Rechtswissenschaft und Rechtssprechung sind (vergl. Frankenstein Bd. 1. S. 256 mit den treffenden Ausführungen über den Charakter des Gelehrtenrechts, der dem I. P. R. eigen ist), wobei auch die ausländische Rechtswissenschaft zur Stütze herangezogen werden kann, soweit sie von den gleichen Grundsätzen wie unsere Rechtswissenschaft ausgeht.

4) Die für unsere Betrachtungen einschlägigen Bestimmungen des EG. sind wie die meisten der Art. 7—31 sog. einseitige oder unvollkommen zweiseitige Kollisionsnormen (C. N.), in denen die Frage, welches ausländische Recht maßgebend ist, ganz oder teilweise unbeantwortet gelassen ist (vergl. Niemeyer S. 13 f). Die Ergänzung dieser Lücken soll hier kurz behandelt werden, als ein den erwähnten Bestimmungen gemeinsamer Koeffizient. Ein einheitlicher Grund für die mehr oder weniger starke Coupierung aller jener in den Vorentwürfen vollkommen zweiseitigen Normen (vergl. E. I §§ 6, 9, 13, 14, 15, 17 I, 21; E. II §§ 2243, 2246, 2252, 2253, 2255, 2261) durch den Bundesrat ist nicht ersichtlich (vergl. die eingehende Untersuchung von Niemeyer S. 7 f). Die Wissenschaft und Rechtssprechung ist sich heute darüber einig, daß die unvollkommen gegebenen Grundregeln des EG. in Ermanglung jedes durchschlagenden, dagegen sprechenden Grundes, in Uebereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des EG.

zu vollkommen zweiseitigen C. N. zu ergänzen sind (Niemeyer S. 7 f, Habicht S. 28 f, Neumeyer § 8, Lewald S. 6; RGK. (1928) Bd. 1, Vorbem. 7 zu § 1 BGB; RG. 62, 402; 91, 139) Dagegen bleiben die lediglich »zum Schutze« deutscher Staatsangehöriger gegebenen Ausnahmebestimmungen des EG., die die allgemeinen Grundsätze häufig durchbrechen, als »Exclusivsätze« in ihrer Beschränkung erhalten. Welche Sätze als solche »Exclusivsätze« anzusehen sind, ist Auslegungsfrage, zum Teil noch umstritten und soll bei der jeweiligen hier einschlägen C. N. untersucht werden, während betreff der grundsätzlichen Ergänzung stets auf das hier Gesagte verwiesen sein soll.

5) In Betracht kommen auch für die Beurteilung des Unterhaltsrechts einige von Deutschland ratifizierte Einzel- und Gruppenabkommen über I.P.-rechtliche Fragen, die einschlägigen Haager Abkommen sollen als die wichtigsten derartigen Abkommen jeweils kurz behandelt werden.

6) Es bleibt noch die Frage, inwieweit für unsere Untersuchung etwa landesrechtliche C.N. einschlägig sind.

Durch Art. 55 EG. ist das gesamte Privatrecht der Länder, abgesehen von den ausdrücklichen Vorbehalten des BGB. und EG, außer Kraft gesetzt; das I P.R. setzt kein materielles Recht für die Beziehungen der Personen untereinander, sondern es unterstellt sie erst einem solchen jeweils nach festgesetzten Anknüpfungspunkten; zunächst tritt also dabei der Staat obrigkeitlich den Einzelpersonen gegenüber, die Wirkung der Rechtsetzung zwischen den Einzelpersonen ist erst eine mittelbare, demnach handelt es sich um öffentliches Recht[5]). Trotzdem ist auch auf das I.P.R. Art. 55 anwendbar, da hier »privatrechtliche Vorschriften« mit »Vorschriften des BGB. und EG.« gleichgesetzt sind, so daß auch die ihrer sehr nahen Beziehung zum Privatrecht wegen im BGB. und EG. mitbehandelten öffentlich-rechtlichen Materien darunterfallen (Neumeyer § 15, ähnlich Frankenstein Bd. 1 S. 251). Für die materiellen Tatbestände dagegen, die das EG. dem Landesrecht vorbehält, dürfte auch das I.P.R. den Ländern vorbehalten sein (a.M. Neumeyer § 15). Für unsere Betrachtung kommt der Vorbehalt des Art. 96 EG. zugunsten

[5]) Im Ergebnis wie Neumeyer; anders die h.M., die das I.P.R. wegen seiner zweifellos besonders engen Berührung mit dem Privatrecht oder seiner mittelbar privatrechtlichen Wirkung für Privatrecht erklärt, so Lewald S. 2, Habicht S. 28 f, Ennecerus Bd. 1 S. 132 f, Frankenstein Bd. 1 S. 256.

des landesrechtlichen Leibgedinge-, Leibzucht- und Altenteilsrechts in Betracht, die Güthe in Anm. 20 zu § 50 GBO. definiert als den bei der Ueberlassung des Grundstücks vereinbarten Vorbehalt von Leistungen und Nutzungen zum Zwecke des Unterhalts des Ueberlassenden oder anderer Personen (etwas umständlicher die Definition des Art. 794 des bayer. Entwurfs von 1861). Doch werden auch auf diesem Gebiete landesrechtliche Besonderheiten der international-privatrechtlichen Regelung eine höchst geringe Rolle spielen, da das I.P.R. der Länder in seinem ungeschriebenen Teil (der größte) sich mit der Entwicklung des Reichs-I.P.R. geändert hat (vergl. auch Art. 218 EG.) und daher tatsächlich mit diesem im wesentlichen übereinstimmt. Baden hat übrigens vernünftigerweise die Anwendung des Reichs-I.P.R. in Art. 2 seines AGBGB. auf das Landes-I.P.R. ausdrücklich ausgedehnt. Außer der sehr seltenen Anwendbarkeit des Landes-I.P R. auf Grund der zeitlichen C.N. (s. § 1) und der hier behandelten kommt noch in Betracht, daß etwaige I.P.R.-Verträge, die die Länder vor dem 1. I. 1900 geschlossen haben, durch Art. 56 EG. in ihrem Bestand ausdrücklich geschützt sind.

I. Teil.

§ 3. Was unterliegt der Regelung durch das für die Unterhaltspflicht maßgebende Recht?

1) Bezüglich der Entstehung der familienrechtlichen Unterhaltspflicht gilt folgendes:

a) Von allen weiteren Entstehungsgründen dieser Unterhaltspflicht scharf zu trennen ist das familienrechtliche Grundverhältnis zwischen Verpflichteten und Berechtigten. Dieses ist ein von den Rechtsordnungen bezgl. seiner Entstehung häufig verschieden geregeltes Rechtsverhältnis und nicht etwa ein durch natürliche Vorgänge, wie z B Geburt, in der Entstehung uniformes tatsächliches Verhältnis. Es ist meist nicht unmittelbarer Entstehungsgrund für die Unterhaltsverpflichtung, sondern nur Entstehungsbedingung, denn das Familienrechtsverhältnis begründet fast stets nur eine Aussicht auf Unterhalt für den Fall, daß besondere gesetzliche Entstehungsgründe eintreten (vergl. z B. Staudinger Vorbem. 2,a zu § 1601 BGB.). Ist die für die Wirkungen des Familienrechtsverhältnisses maßgebende C.N. verschieden von der für ihre Entstehung maßgebenden, so kann auch das zuständige materielle Recht für beide Fragen verschieden sein. Handelt es sich z B. um die Ehe eines Deutschen mit einer Französin, so müssen für die rechtsgiltige Entstehung dieser Ehe nach Art. 13 EG. die materiellen Erfordernisse der Eheschließung des deutschen Rechts bezüglich des deutschen Verlobten, die des französischen Rechts bezüglich der Französin beobachtet werden; dagegen ist für die ehelichen Unterhaltsverpflichtungen (s. § 4) das jeweilige Heimatrecht des Ehegatten maßgebend, so daß also z.B. bei nachträglicher Annahme der italienischen Staatsangehörigkeit durch den Manne keine der für die Eingehung der Ehe zuständig gewesenen Rechtsordnungen für die Unterhaltspflicht einschlägig ist.

Ist dagegen die C. N. für die Entstehung eines Familienrechtsverhältnisses und die für seine Wirkungen identisch, wie z. B. beim Verwandtschaftsverhältnis zweiten und weiteren Grades und der daraus folgenden Unterhaltspflicht (s. § 8), so ist für die Beurteilung beider Fragen dasselbe materielle Recht maß-

gebend; nur in zweifelhaften Fällen soll jeweils auf die I. P.-rechtliche Frage des Grundverhältnisses kurz eingegangen werden.

b) Ob überhaupt neben dem Besteben des Familienrechtsverhältnisses besondere Entstehungsgründe für die Unterhaltspflicht erforderlich sind und welche, darüber entscheidet das für die U.-Pflicht maßgebende Recht (kurz Unterhaltsrecht genannt), ebenso über die Gründe, die die Entstehung einer Unterhaltspflicht (U.-Pflicht) etwa verhindern oder eine solche zum Erlöschen bringen. Nach deutschem Recht z. B. genügt für die Entstehung des U.-Anspruchs eines unehelichen Kindes gegen seinen Vater gem. BGB. § 1708 (RGK. § 1708 Anm. 2) allein das Bestehen des familienrechtlichen Verhältnisses, ohne daß es rechtlich auf Bedürftigkeit oder Leistungsfähigkeit ankommt.

Diese besonderen Enstehungsgründe sind fast immer Bedürftigkeit auf der einen, Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite, Begriffe, die ebenfalls nach dem Unterhaltsrecht auszulegen sind. Es ist denkbar, daß Bedürftigkeit oder Leistungsfähigkeit abhängen von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines anderen Rechtsverhältnisses, die Bedürftigkeit z. B. vom dem Bestehen eines realisierbaren Schadenersatzanspruchs gegen einen Dritten. Dann sind diese Rechtsverhältnisse nach der für ihren Typus einschlägigen C. N. zu behandeln, also für den Schadenersatzanspruch z. B. nach lex delicti commissi. Ob für die Rangfrage der U.-Pflicht außer dem Familienrechtsverhältnis auch noch ein anderes Rechtsverhältnis bestimmend ist, entscheidet das für die fragliche U.-Pflicht maßgebende Recht. Für die Frage, ob die Mutter vor dem Vater unterhaltspflichtig ist, ist z. B. nach deutschem Recht BGB. § 1606 II entscheidend, welchem Elternteil die Nutznießung am Kindesvermögen zusteht.

Bei den nichtfamilienrechtlichen U.-Pflichten kommt ein Grundverhältnis nicht in Frage; für die Entstehungsgründe gilt Entsprechendes.

2) Der Inhalt der U.-Verpflichtung nach Maß und Form der Leistungen wird von dem U.-Recht bestimmt[6]), ebenso tat-

[6]) Welche Leistungen dagegen zum Begriff der U.-Leistungen gehören, also deren Qualifikation, ist in jedem Falle Sache des deutschen Rechts, das z. B. Prozeßkostenvorschüsse, die der Mann der Frau zu leisten hat, nicht aus seiner U.-Pflicht, sondern aus dem Güterrecht herleitet (RGK. § 1387 Anm. 6, a; ebenso das Schweizer Recht, vergl. Egger Art. 160 ZGB. Anm. 5, c; anders z. B. das österreichische Recht.)

sächliche Gründe für ein höheres oder geringeres Maß oder die eine oder andere Form der Leistung (Naturalleistung oder Geldleistung). Ueber die Frage, ob und welche Rechte oder Rechtsverhältnisse einen Einfluß auf den Inhalt der U.-Pflicht haben, entscheidet ebenfalls das U.-Recht; die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens solcher Rechte und Rechtsverhältnisse dagegen ist dem nach der hiefür einschlägigen C. N. maßgebenden Recht unterstellt. Dem U.-Anspruch ehelicher Kinder gegenüber ihrem deutschen Vater z. B. bestimmt das deutsche Recht; nach § 1612 II BGB. kann der Vater einem unverheirateten Kinde gegenüber die Art der U.-Gewährung bestimmen; ob aber die von der Tochter mit einem Ausländer geschlossene Ehe giltig ist, bestimmt sich natürlich gem. Art. 13 EGBGB. nach dem deutschen und dem fraglichen ausländischen Recht.

Deutsches Recht ist auch zuständig für den U.-Anspruch eines ehelichen Kindes, dessen Vater deutscher Staatsangehöriger ist, gegen seine Mutter, auch wenn diese Engländerin ist; das deutsche Recht beschränkt nun im BGB. § 1611 II den U.-Anspruch des Kindes auf den notdürftigen Unterhalt, wenn es sich gegen die Mutter einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die sie zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen würde; hier richtet sich die Voraussetzung für eine Entziehung des Pflichtteils und Beschränkung des Unterhalts nicht etwa nach dem für die Erbfolge zuständigen Recht (gem. EG. Art. 25 und seiner Auslegung, das englische das übrigens gar keinen Pflichtteil kennt), sondern nach dem U.-Recht selbst, also nach deutschem Recht; denn der dem Recht zur Entziehung zugrunde liegende Tatbestand ist es, der nach § 1611 II BGB. der Beschränkungsgrund der U.-Pflicht ist und der nur zugleich auch Grund zur Entziehung des Pflichtteils nach deutschem Recht wäre.

3) Das U.-Recht entscheidet auch über die rechtliche Konstruktion der U.-Pflicht; nach deutschem Recht ist die familienrechtliche U.-Pflicht keine einheitliche Obligation, sondern wird fortwährend von dem familienrechtlichen Grundverhältnis beim Vorhandensein der etwaigen weiteren Voraussetzungen erneut erzeugt. Daraus folgt, daß im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen bei einer wesentlichen Aenderung der Verhältnisse jeder Teil berechtigt ist, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen (ZPO. § 323; vergl. Staudinger Vorbem. 2,b und 7,b zu § 1601). Die

etwaige U.-Pflicht hat hier in den jeweiligen Umständen ihren Grund, deren Veränderung auch eine Veränderung der materiellen Verpflichtungen hervorruft; dieser Veränderung gegenüber muß die Rechtskraft eines für ein anderes Stadium mit anderem Klaggrund ergangenen Urteils ohne Wirkung sein; ZPO. § 323 zieht daher nur die selbstverständliche Folgerung einer neu abweichenden Entscheidungsmöglichkeit aus der materiell-rechtlichen Art solcher relativer wiederkehrender Verpflichtungen (vergl. RG. 63,118; anders Stein-Jonas § 323 Anm. II,5); er ist daher keine Prozeßvorschrift, die nach lex fori angewandt werden kann ohne Rücksicht darauf, welches materielle U.-Recht zuständig ist; die Möglichkeit dieser Abänderung besteht vielmehr nur dann, wenn das maßgebende materielle Recht die U.-Verpflichtung ebenso konstruiert wie das deutsche Recht. (Ob dieses Recht auch eine eigene entsprechende prozessuale Vorschrift hat, ist nur für die Auslegung seiner materiellen Struktur unter Umständen von Belang; als Prozeßvorschrift, die nur die Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft gibt, wäre eine solche ausländische Vorschrift vor deutschem forum unbeachtlich).

Ebenso ist die Natur einer U.-Forderung als eines mit der starken gesetzlichen Garantie der Klagbarkeit ausgestatteten Rechts oder der einer bloßen Naturalobligation nach dem U.-Recht zu beurteilen[7]); denn es handelt sich nicht um Prozeßrecht, für das die lex fori gelten würde, da es Sache des Prozeßrechts nur ist, die Modalitäten der Klage und des folgenden Verfahrens festzulegen, wozu auch der Zeitpunkt der Klagemöglichkeit gehört, nicht aber die Entscheidung darüber, welche Rechte überhaupt eingeklagt werden können und welche nicht; diese Frage gehört dem materiellen Recht an.

Eine rein prozessuale Vorschrift dagegen gibt ZPO. § 258 betr. der Klage auf künftig fällig werdende Leistungen; sie ist für die U.-Ansprüche von Bedeutung und beurteilt sich ausschließlich nach lex fori.

4) Auch die materiell-rechtlichen Eigenheiten des einzelnen U.-Anspruchs bestimmen sich natürlich nach dem U.-Recht.

[7]) Im französischen Recht ist z. B. der Ausstattungsanspruch der Kinder gegen die Eltern eine Naturalobligation, Dalloz, Nouveau Code Civil Art. 204 Anm. 1. Im deutschen Recht haben der Geschwistern-Unterhalt und die Ausstattung (Aussteuer ausgen.) nicht einmal die Natur einer Naturalobligation; sie gilt als sittliche Pflicht mit beschränkter rechtlicher Vergünstigung, RGK. § 1601 Anm. 1, § 1620 Anm. 3, § 814 Anm. 3, § 534 Anm. 2.

a) Nach diesem bemißt es sich, ob und inwieweit die U.-Forderung erblich, abtretbar und verpfändbar ist[8]) oder einem Nießbrauch unterworfen werden kann; desgleichen, ob gegen sie mit einer anderen Forderung aufgerechnet werden kann (die Verweisung des deutschen Rechts auf eine Prozeßvorschrift — BGB. § 400/ZPO. § 850 f — ändert an dem materiell-rechtlichen Charakter der Institute nach deutscher Auffassung nichts), inwieweit ein Verzicht möglich ist für Vergangenheit oder Zukunft, wieweit für Verjährung von Unterh.-Forderungen Sonderbestimmungen bestehen usw. Dabei ist zu beachten, daß sich das eine oder andere dieser Institute in einem ausländischen Recht auch nach deutscher Qualifikation als nur prozeßrechtliches Institut darstellen kann; während z. B die Aufrechnung im deutschen Recht als eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit materiell-rechtlichen Folgen (BGB. § 388, § 389) konstruiert ist, ist sie nach englischem Recht eine reine Prozeßeinrede mit der Wirkung einer Klagabweisung angebrachtermaßen, aber ohne materiell-rechtliche Folgen (vergl. Dicey S. 797), also auch nach deutscher Qualifikation ein Prozeßinstitut, das der deutschen lex fori jedoch fremd ist; die Folge ist, daß gegen eine nach englischem Recht zu beurteilende U.-Forderung vor einem deutschen Gericht keinesfalls aufgerechnet werden kann.

b) Deutsche und ausländische Gesetzesbestimmungen geben wiederholt die Möglichkeit, den U.-Pflichtigen zu einer Sicherheitsleistung anzuhalten (vergl. BGB. § 843. § 1580; Schweizer ZGB. Art. 321; Dalloz: Répert. prat. Bd. I, Aliments Bem. 104), entweder in Form einer gesetzlichen, ipso iure eintretenden, oder einer nach richterlichem Ermessen aufzuerlegenden Sicherheitsleistungspflicht. Knüpft ein Gesetz an eine gerichtliche Verurteilung zum Unterhalt ipso iure eine Sicherstellung an (vergl. C. C. fr. Art. 2123, hypothèque judiciaire), so hat dieses Urteil, wenn es in dem Staat erlassen wurde, in dem eine solche Bestimmung besteht, dort auch ipso iure die entsprechende Wirkung; in den anderen Staaten hängt die Wirkungsfähigkeit des Urteils von seiner Anerkennung ab

[8]) Fast überall sind gewisse Schutzbestimmungen für den U.-Anspruch vorgesehen. Vergl. z. B. Egger ZGB. Art. 160 Anm. 5, c; Code Civil francais (C. C. fr.) Art. 581, Dalloz; Répertoire pratique I, Aliments Bem. 116, 119, 120, wo allerdings die fälligen Raten abtretbar und verfändbar sind im Gegensatz zum deutschen Recht (Staudinger, Vorbem. 10 f zu § 1601).

(vergl. ZPO. § 328). Das deutsche Recht kennt nur den Fall des § 1287 BGB. als ipso iure entstehende Hypothek; es ist fraglich, ob die Einführung weiterer derartiger Hypotheken zufolge der Maßgeblichkeit eines fremden materiellen Rechts oder Anerkennung ausländischer Urteile nicht gegen den Zweck der fundamentalen deutschen Grundbelastungsnormen verstoßen würde.

Häufiger ist die Auferlegung einer Sicherheitsleistung dem Gericht nach freiem Ermessen übermessen (BGB. § 843 II, § 1580 I, die nur einen ganz relativen Maßstab angeben für Bestehen, Art und Umfang der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, die daher authentisch nur vom Gericht festgesetzt werden kann. (Schw. ZGB. Art. 321; Dalloz: a a.O Bem. 104). Die Aehnlichkeit mit der vertraglichen »Bestimmung der Leistung durch einen Dritten« (BGB. § 317 f) liegt auf der Hand. Es handelt sich hier um bürgerliches Recht, über dessen Entstehen und Inhalt das Gericht als unparteiischer Dritter kraft gesetzlicher Delegation nach billigem Ermessen entscheiden soll, also eine materiell-rechtliche Norm, die allerdings nur im Prozeß sich auswirkt infolge der gesetzlichen Gleichsetzung des Prozeßgerichts mit dem unparteiischen Dritten, daher entscheidet darüber das materiell maßgebende U.-Recht, nicht etwa die lex fori[9]).

c) Dagegen sind als rein prozessuale Fragen der lex fori unterworfen die Vollstreckbarkeit von U.-Urteilen, das Maß der Pfändbarkeit einer U.-Forderung, ebenso, ob sie zur Konkursmasse des Berechtigten gehören, desgleichen wie weit überhaupt Einkünfte und Eigentum in Anbetracht des eigenen und des der Familie geschuldeten U. unpfändbar sind, ferner, wieweit zugunsten von U.-Forderungen von den allgemeinen Unpfändbarkeitsvorschriften Ausnahmen bestehen; dasselbe gilt für die einstweilige Verfügung betreff Unterhaltsleistung (vergl. Stein-Jonas Vorbem. IV zu § 916); ob und wie weit sich dabei das Gericht in den Schranken des materiellen Rechts halten muß (vergl. Stein-Jonas § 627 Anm. III,2), bestimmt die lex fori.

[9]) Wollte man derartige materielle Rechte, die das Gericht den Parteien zusprechen kann, als Prozeßrecht ansehen und der lex fori unterwerfen, so käme man zu sehr unerfreulichen Ergebnissen, da die lex fori vielfach solche Rechte als ipso iure eintretende Rechte gestaltet, während das materiell maßgebende Recht sie vielleicht nur in der abgeschwächten Gestalt der Bestimmbarkeit kennt, sodaß sie in diesem Falle ganz unter den Tisch fallen würden; vergl. bes. über den U.-Anspruch geschiedener Ehegatten § 4.

5) Das U.-Recht, das über den Inhalt der Verpflichtung entscheidet, muß natürlich auch über den jeweiligen Untergang durch Erfüllung entscheiden, also über die regelmäßige Erfüllung der einzelnen obligatorischen Verpflichtung, über ihren Untergang durch Aufrechnung und Hinterlegung, sowie durch Novation, Erlaß oder Verzicht (s. 4) (vergl. Neumeyer § 33; Frankenstein Bd 2 S. 274, 283, 285).[10]) Ueber das Erlöschen der U.-Verpflichtung als Familienrechts-Verpflichtung vergl. unter 1, b.

6) Auch über die schuldrechtlichen Folgen der nicht gesetzmäßigen Erfüllung der einzelnen U.-Verpflichtung muß das U.-Recht entscheiden. Dazu gehört die Frage, ob für die Vergangenheit Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann (vergl. z. B. BGB. § 1613); schuldrechtliche Tatbestände, die dabei nach der maßgeblichen Norm eine Rolle spielen (etwa Verzug des Pflichtigen), sind nach demselben Recht zu beurteilen, während prozeßrechtliche Tatbestände, wie Rechtshängigkeit (vergl. BGB. § 1613) nach lex fori zu beurteilen sind. Das U.-Recht entscheidet auch darüber, ob etwa ein pflichtmäßig geleisteter Unterhalt bei später eintretender Besserung der Vermögensverhältnisse des Leistungsempfängers zurückgefordert werden kann Dagegen entscheidet bei einem ohne Rechtsverpflichtung geleisteten Unterhalt über den Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung das dafür maßgebende Recht, nämlich das des Orts der Bereicherung (Neumeyer § 36), während das U.-Recht selbst nur über das Nichtbestehen der Verpflichtung entscheidet.

7) Wirkungen von Verletzungen der U.-Pflicht, die nicht auf schuldrechtlichem Gebiet liegen, werden von dem für die in Frage kommenden Rechtsbeziehungen maßgebenden Recht beherrscht.

a) Mögliche Folgen im Bereich des Familienrechts: Ob und welche Aenderungen der Güterstandsbeziehungen infolge der Verletzung der U.-Pflicht eines Ehegatten gegenüber dem anderen in Frage kommen (vergl. z B. BGB. §§ 1418 I 2, 1468 3, 1542 I, 1549, 1428 I, 1371, 1441, 1526, 1549), bestimmt sich nach den für das Güterrecht der Ehegatten maßgebenden Recht, das

[10]) Die Hinterlegung kann im Gebiet einer anderen Rechtsordnung als der für das U.-Recht maßgebenden erfolgen, wenn sie der der letzteren gleichwertig ist.

ist gem. EG. Art. 15 I, der zur vollkommen zweiseitigen C.N. zu ergänzen ist, grundsätzlich das Heimatrecht des Ehemanns zur Zeit der Eingehung der Ehe.

Den Einfluß einer solchen Vorlegung der U.-Pflicht auf das Scheidungsrecht (BGB. § 1568 z.B.) bestimmt das für die Scheidung maßgebende Recht, gemäß Art. 17 E.G. grundsätzlich das Heimatrecht des Ehemannes z.Z. der Erhebung der Scheidungsklage.

Für etwaige Aenderungen in den Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und ehelichen Kindern infolge einer Verletzung der U.-Pflicht (vergl. z.B. BGB. § 1495 Ziff. 3, § 1666 Abs. 2) ist infolge der einheitlichen Geltung derselben C.N. für alle Familienbeziehungen zwischen Eltern und ehelichen Kindern das U.-Recht selbst einschlägig.

b) Etwaige erbrechtliche Folgen einer U.-Pflichtverletzung bestimmen sich nach der für das Erbrecht maßgebenden Rechtsordnung. (vergl. z.B. BGB. § 2333 s. 4. § 2334), gem. E.G. Art. 24, 25 grundsätzlich nach dem Recht des Staats, dem der Verstorbene zur Zeit seines Todes angehörte. Da beim Unterhalt der ehelichen Kinder auch Aussteuer und Ausstattung mitbehandelt sind, so soll bemerkt werden, daß natürlich auch etwaige erbrechtliche Folgen einer Erfüllung dieser Verpflichtungen, wie Anrechnung auf den Erbteil usw., sich nach dem maßgebenden Erbrecht richten.

c) Etwaige strafrechtliche Folgen einer Verletzung der U.-Pflicht (vergl z. B. RStGB. § 361, I, 10) bestimmen sich nach dem gem. der strafrechtlichen C.N. maßgebenden Recht.

d) Zu a—c: Mit Ausnahme des Scheidungsrechts und des für die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und ehelichen Kindern maßgebenden Rechts ist es möglich, daß die für diese Wirkungen einer U.-Pflichtverletzung als maßgebend genannte Rechtsordnung von dem U.-Recht verschieden ist; soweit nun das U.-Recht einen U.-Anspruch nach Art oder Maß nicht kennt, der in einer jener Rechtsordnungen besteht, kann eine »Verletzung der U.-Pflicht« diesbezüglich nicht vorkommen, da keine U.-Pflicht besteht; diese bestimmt sich nach wie vor nach dem U.-Recht. Es ist aber auch umgekehrt denkbar, daß U.-Verpflichtungen des U.-Rechts einer für jene Wirkungen maßgebenden Rechtsordnung fremd sind. In diesem Falle besteht zwar eine Verletzung der U.-P. (Unterhaltspflicht); da indessen die Norm

des »Wirkungsrechts« über die Folgen einer U. P.-Verletzung selbstverständlich nur die U.-Pfl. der eigenen Rechtsordnung im Auge hat, nicht etwa weitergehende anderer Rechtsordnungen, so können auch nur Verletzungen einer dem »Wirkungsrecht« bekannten U.-Pflicht die, von diesem festgesetzten Wirkungen haben, die Verletzung einer weitergehenden U. P. dagegen nicht; es ist genau zu berücksichtigen, in welchen materiellen Grenzen das maßgebende Recht gelten will, welchen Sinn es hat. (Diese Frage ist eine ganz andere wie die grundsätzlich im I.P.R. nicht zu berücksichtigende, ob das fremde Recht I.P.-rechtlich maßgebend sein will oder nicht — vergl. § 13 — und von dieser scharf zu trennen).

8) Von dem Bestehen einer U.-Pflicht kann das Bestehen eines anderen Rechts oder einer Verpflichtung abhängig sein (z. B. BGB. § 829; § 876; § 679; § 519; § 528 I; § 529 II). Die Frage, ob und mit welcher Wirkung ein solcher Einfluß besteht, wird von dem Recht gelöst, das nach der für dieses Rechtsverhältnis maßgebenden C.N. zuständig ist.

2. Teil.

Die grundsätzlichen Anknüpfungspunkte für die verschiedenen Unterhaltspflichten.

§ 4. Die gegenseitigen Unterhaltspflichten der Ehegatten.

I. Es soll zunächst das U.-Recht der Ehegatten in der vollgiltigen, fehlerlosen Ehe untersucht werden, in der eine rechtlich ausgesprochene Auflockerung der Gemeinschaft nicht stattgefunden hat. Die nur tatsächlich getrennt lebenden Ehegatten (vergl. z.B. BGB. § 1361) unterstehen also in ihren U.-Beziehungen dem hier als maßgebend entwickelten Recht.

1) Für die Beziehungen der Ehegatten gibt es zwei grundsätzliche C.N. im deutschen Recht, EG. Art. 14 für ihre persönlichen Beziehungen, Art. 15 für ihre güterrechtlichen. Die hier maßgebende Qualifikation des deutschen Rechts bezüglich der U.-Pflichten ist klar: EG. Art. 199 zählt die U.-Pfl. ausdrücklich zu den persönlichen Rechtsbeziehungon, die Systematik des BGB. zählt die §§ 1360, 1361 zu den »Wirkungen der Ehe im allgemeinen« im Gegensatz zum Titel 6 »eheliches Güterrecht«; wenn § 1345 sie zu den »vermögensrechtlichen Beziehungen« zählt, so ist das kein notwendiger Widerspruch, da diese ja zum Teil durchaus zu den persönlichen Rechtsbeziehungen gehören können und offenbar im BGB. teilweise so qualifiziert sind (anders Wolff Bd. II,2: § 32).

Da die Qualifikation unter allen Umständen Sache der lex fori ist, wo es sich um das Eingreifen der C.N. handelt, so ist für die U.-Pflicht die C.N. über die persönlichen Beziehungen der Ehegatten EG. Art. 14 maßgebend (vergl. Lewald S. 91, Niemeyer S. 144), dessen erster Absatz zur vollkommen zweiseitigen C.N. zu ergänzen ist (vergl. RG. 62,400 in einer sehr ausführlichen grundlegenden Entscheidung; JW. 28,73 usw.; Niemeyer S. 142; Lewald S. 88; Neumeyer § 24).

Somit bestimmen sich diese U.-Pflichten grundsätzlich nach dem jeweiligen Recht des Staates, dem der Mann angehört.

2) Maßgebend ist das jeweilige Heimatrecht des Mannes.

a) Da in den meisten materiellen Rechtsordnungen in den wichtigen Familienfragen der Mann das ausschlaggebende Bestimmungsrecht hat, er also der rechtliche Angelpunkt der Familie

ist — weshalb auch nach den meisten Indigenatsrechten die Ehefrau bei Eheschließung, die ehelichen Kinder mit der Geburt ipso iure die Staatsangehörigkeit des Mannes erwerben — ist es gerechtfertigt, sein Heimatrecht grundsätzlich als maßgebend zu erklären. Infolge der Präponderanz des Heimatsrechts des Mannes[11]) ist dieses auch in den Fällen grundsätzlich maßgebend, in denen der Mann später eine neue Staatsangehörigkeit erwirbt, ohne daß sich diese auf die Ehefrau miterstreckt, also wenn der Mann z.B. die Staatsangehörigkeit von Italien oder Rußland erwirbt oder die deutsche mit dem Vorbehalt des § 16 Staatsangehörigkeitsgesetz. Das Heimatrecht des Mannes bestimmt die U.-Pflichten der Gatten auch in den seltenen Fällen anfänglich verschiedener Staatsangehörigkeit[12]). Das Heimatrecht der Ehefrau spielt also für die ehelichen U.-Pflichten gar keine Rolle (außer im Falle des Art. 14 II EG., s. unten); es ist daher auch belanglos, wenn sie etwa ohne ihren Mann eine neue Staatsangehörigkeit erwirbt.[13])

Für die Meinung, daß bei anfänglicher oder nachträglicher Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Gatten eine Kumulation ihrer Heimatrechte bezüglich der persönlichen Wirkungen der Ehe, also auch der U.-Pflichten, stattzufinden habe, spricht der Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 EG. nicht zwingend.

Mit Recht weist Neumeyer JW. 1928,73 auf die Unmöglichkeit einer solchen Kumulation wegen der engen Beziehung dieses Rechts zum Scheidungsrecht hin, das stets durch das Heimatrecht des Mannes allein bestimmt wird (s. unten § 9), ferner auf den Gegensatz einer solchen Auffassung zum ehelichen Güterrecht, das ebenfalls allein durch das Heimatrecht des Mannes bestimmt wird (s. unten 4) und auf die Entstehungsgeschichte des Art. 14 (auch E. I, § 9 und E. II, § 2246 erklärt ohne Zusatz das Heimatrecht des Mannes für maßgebend).[14])

---

[11]) Vergl. Neumeyer § 24; Lewald S 88, 89 mit Zitaten.

[12]) Möglich z.B. nach den Indigenatsrechten von Argentinien, Brasilien, Rußland, wenn der Ehemann diesen Staaten angehört.

[13]) Möglich z. B. nach den Indigenatsrechten von Deutschland, Norwegen, Rußland, Schweden, während es ihr nach den meisten anderen versagt ist, (z.B Italien, Frankreich, Groß-Britannien, Japan).

[14]) Gegen Kumulation auch Lewald S. 88; Niemeyer S. 143; Neumeyer S. 19; Pillet-Niboyet, Manuel S. 547, 554; Anders Frankenstein, nach dessen System Kumulation grundsätzlich geboten ist, vergl. Bd. I S. 280; für Kumulation auch Habicht Art. 14 A. IV 4 und Niedner A. 3 c.

Auch dem Sinne des Gesetzes würde das gerade bei den ehelichen persönlichen Beziehungen unter Umständen entgegengesetzt sein; der überall an Boden gewinnende Grundsatz vom Gleichgewicht der Eherechte beider Gatten würde teils zu ungunsten des Ehemanns, teils zu ungunsten der Frau noch stärker leiden, wenn jeder Gatte in der Ehe nach seinem Heimatrecht verpflichtet würde — unterscheidende Kumulation — als wenn sich die gesamten Beziehungen nach einem geschlossenem Rechtssystem beurteilen. Für eine »limitierende Kumulation« spricht sich das KG. in einem Urteil vom 27. 1927, JW. 28,73 aus — nur soweit die Heimatrechte beider Gatten ein Recht gewähren, soll dieses bestehen — stützt jedoch diesen Standpunkt nur mit spärlichen Literaturzitaten, ohne jede Begründung.

Die sehr schwerfällige und verwickelte Kumulation von Rechten für ein Rechtsverhältnis ist nur da anzunehmen, wo sie unzweifelhaft durch das Gesetz geboten ist (z. B Art. 13 EG.), nicht einmal aus Billigkeitsgründen ist die Kumulation etwa de lege ferenda geboten, da bei anfänglicher Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit die des Mannes von der Frau bei Ehescheidung in Rechnung gezogen werden kann, bei späterer Verschiedenheit aber eine »perpetuatio legis« einfacher und zweckmäßiger erscheint[15]).

b) Die Wandelbarkeit des Anknüpfungspunktes.

1) Es ist zunächst befremdend, daß die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten nicht ein für allemale die gleichen bleiben, wie das unseren sittlichen Anschauungen von der Ehe wohl mehr entspräche, sondern mit dem Wechsel der Staatsangehörigkeit des Mannes grundsätzlich sich nach dessen neuem Heimatrecht richten. Den Ausschlag gibt hier die deutsche Konstruktion dieser Rechte und Pflichten, die nicht ein für allemal mit dem Grundverhältnis selbst ins Leben treten, sondern von diesem fort und fort neu erzeugt werden, was ihre Wandelbarkeit nahelegt[16]).

Es ist außerdem eine praktischere Lösung, da normalerweise Wechsel von Staatsangehörigkeit und Wohnsitz Hand in Hand

[15]) Für Kumulation haben sich nur wenige Staaten entschieden, wie Griechenland Art. 4 ZGB. von 1856, Spanien Art 9 C. C., Italien bestr., Lapradelle-Niboyet, Répertoire de droit international Bd. 9, Italie, Bem. 142.

[16]) Vergl. auch Frankenstein Bd. 1 S 137, S. 145 über die Wandelbarkeit von Dauertatbeständen.

gehen und der Durchsetzung eines unwandelbar feststehenden persönlichen Eherechts die besonders in romanischen Ländern immer noch überspannte Schranke des ordre public im Wege stünde. (Vergl. auch § 14).

2) Die rechtliche Folge der Wandelbarkeit der ehelichen U.-Pflichten ist, daß von dem Augenblick an, in dem der Ehemann eine neue Staatsangehörigkeit erwirbt, die beiderseitigen U.-Pflichten sich nach dem neuen Heimatrecht bestimmen. Soweit jedoch nach dem bisherigen Recht ein Anspruch bereits erworben war in Form einer konkreten Forderung, bleibt er bestehen und das neue Recht kann seiner Geltung höchstens die Schranke des ordre public (o. p.) entgegensetzen. Ebenso ist das alte Recht allein entscheidend für den Fall, daß ein U.-Anspruch nach diesem Recht bereits verjährt oder auf irgend eine Art erloschen war, als der Staatsangehörigkeitswechsel eintrat. Soweit etwa eine Frist zur Geltendmachung des U.-Anspruches zu diesem Zeitpunkt nach altem Recht noch läuft, entscheidet über ihren Ablauf die neue Rechtsordnung; ist sie nach dieser schon abgelaufen, so gilt sie ohne Rückwirkung als im Augenblick des Erwerbs der neuen Staatsangehörigkeit abgelaufen; kennt das neue Recht eine zeitliche Beschränkung der Geltendmachung der U.-Forderung überhaupt nicht, so ist der nach altem Recht begonnene Lauf der Frist gegenstandlos. (Vergl. vor allem Pillet-Niboyet, Manuel, wo der »respect des droits acquits« stark betont wird z. B. S. 593 f). Diese Grundsätze über die Anerkennung der Rechtsbildungen und Rechtsvernichtungen einer Rechtsordnung durch alle anderen entsprechen der völkerrechtlichen Pflicht der gegenseitigen Anerkennung und Gleichsetzung der Staaten untereinander. Der Standpunkt des deutschen I.P.R. muß im Zweifel den Anforderungen des Völkerrechts genügen (vergl. auch R.V. Art. 4).

3) Ueber die Wirkung »fraudulösen« Wechsels der Staatsangehörigkeit auf das U.-Recht s. § 14. In vielen Staaten ist dieses Problem für das Familienrecht, insbes. die in Frage stehenden ehel. Beziehungen wenigstens zum Teil dadurch in wünschenswerter Weise ausgeschaltet, daß dieselben bei einem auf den Ehemann beschränkten Wechsel der Staatsangehörigkeit sich nach dem letzten gemeinsamen Heimatrecht der Gatten richten, eine »perpetuatio legis«, die eine weitere Wandelbarkeit aus-

schließt[17]). Von praktischer Bedeutung ist das vor allem dann, wenn das I.P.R. des neuen Heimatstaats, der normalerweise auch Wohnsitzstaat ist, diesen Grundsatz ebenfalls hat. Die Lösung des Problems ist allerdings auch bei einer solchen Regelung keine vollständige, da nach den Indigenatsordnungen vieler Staaten die Ehefrau gar nicht die Möglichkeit besitzt, einen ipso iure Miterwerb der neuen Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes auszuschließen, sondern höchstens den Verlust der alten Staatsangehörigkeit für sich vermeiden kann[18]). Diesem Mißstand könnte bei Wahrung des Grundsatzes der einheitlichen Staatsangehörigkeit der Familie abgeholfen werden, etwa auf Grund eines behördlichen von der Ehefrau einzulegenden Widerspruchs gegen den Wechsel der Staatsangehörigkeit, durch den für die ehel. Beziehungen die frühere gemeinsame Staatsangehörigkeit maßgebend bliebe.

Das geltende deutsche I. P. R. stellt eine perpetuatio legis nur in bescheidenem Umfang auf, nämlich zugunsten, u. U. auch zum Nachteil, der deutschen Ehefrau, in dem allgemein als Exclusivsatz anerkannten Art. 14 EG, Abs. 2 (Neumeyer § 24; Lewald S. 91).

3) Die enge Verknüpfung der ehelichen Vermögenspflichten der Frau mit dem in ihrer Ehe bestehenden Güterrecht bringt es mit sich, daß sich auch in den Bestimmungen des deutschen materiellen Güterrechts wie in vielen ausländischen Güterrechtsordnungen Bestimmungen über die U.-Pflicht der Frau finden. Die zwingende »gesetzliche« U.-Pflicht der Frau gegenüber dem Mann ist in § 1360 Abs. 2 BGB. unter den »allgemeinen Wirkungen der Ehe« geregelt; für sie gilt unter allen Umständen die C.N. des Art. 14 EG. ohne Rücksicht darauf, ob das ausländische Recht sie als »Güterrecht« qualifiziert oder nicht. Daneben aber regelt z. B. das deutsche Güterrecht noch die »Beitragspflicht der Frau« zum ehelichen Aufwand (BGB. § 1427 Abs. 2; RGK. § 1389 Anm. 1), zu dem in erster Linie auch

[17]) So Polen, Ges. 1926 Art. 14; Tschechischer Entwurf zum I P.R. § 28; Pillet-Niboyet, Manuel S. 559; während Dalloz, Répertoire pratique, Aliments Bem. 152; Lapr.-Nib., Rép. d. dr. i. Bd. 1 Aliments Bem. 24 überhaupt Unwandelbarkeit des Unterhaltsrechts behaupten, da der Zeitpunkt des Entstehens der U.-Pflicht zusammenfällt mit dem des Entstehens des Familienrechtsverhältnisses; ähnlich Belgien, Niederlende, Italien Rép. d. dr. i. Bd. 6, Italie, Bem. 142.

[18]) Die befriedigende Lösung des Problems ist dann bei der Mehrstaatlichkeit der Frau selbst bei einer kollisionsrechtlichen perpetuatio legis in Frage gestellt.

der eigene Unterhalt und der des Mannes zählt (RGK. § 1389 Anm 2), sodaß beide in dieser Beitragspflicht enthalten sind; doch ist diese Unterhaltsleistung keine zwingende (BGB. § 1360 Abs. 2; RGK. § 1427 Anm 3). Der Mann hat die Möglichkeit, die Beitragspflicht lediglich zum Unterhalt der eigenen Person geltend zu machen (RGK. § 1427 Anm. 3) Diese U.-Beitragspflichten der Frau, die in ihrer Ausgestaltung je nach dem bestehenden Güterrecht verschieden geregelt sind, somit also die engste Beziehung zum Güterrecht haben, werden im deutschen Recht auch als güterrechtliche Beziehungen gewertet und unterstehen damit auf dem Gebiete des I. P. R. ohne Rücksicht auf ihre systematische Wertung in ausländischen Rechten der C.N. des ehelichen Güterrechts, dem zur vollkommen zweiseitigen C.N. zu ergänzenden Art. 15 EG, also grundsätzlich dem Heimatrecht des Mannes zur Zeit der Eheschließung; die Möglichkeit, einen Ehevertrag zu schließen, bestimmt sich nach Art 15 Abs. 2 und seiner allgemein anerkannten Ergänzung nach dem jeweiligen Heimatrecht des Mannes; von dieser ev. vertraglichen Abänderung abgesehen, besteht der Grundsatz der Unwandelbarkeit, sodaß es denkbar ist, daß für die »gesetzliche« U.-Pflicht und für die »Beitragspflicht« verschiedene Rechte bestimmend sind, z. B wenn der Mann bei Eingehung der Ehe Oesterreicher war und später Deutscher wurde. Da der eheliche Aufwand in seinem gesetzlichen Mindestgehalt großenteils durch die »gesetzliche« Unterhaltspflicht bestimmt wird, taucht die Frage auf, ob der Beitragspflicht der gesetzliche Unterhalt zugrunde zu legen ist, wie er nach dem für die Beitragspflicht maßgebenden Recht besteht oder nach dem gesetzlichen Unterhalt des hierfür maßgebenden Rechts; in dem obigen Beispiel bestimmt sich die »gesetzliche« Unterhaltspflicht der Frau gegenüber ihrem Mann nach deutschem Recht; hat sich nun der Mann des Ehebruchs schuldig gemacht, so beschränkt sich seine U.-Forderung gegen die Frau auf den notdürftigen Unterhalt (BGB. § 1611 Abs. 2, § 2335, § 1565). Die Beitragspflicht der Frau richtet sich nach österreichischem Recht, das eine »strafweise« Herabsetzung des U.-Anspruchs auf den notdürftigen U. nicht kennt (Ehrenzweig, Bd. II, 2. Hälfte, S. 127 f), nach dem vielmehr immer noch die Frau verpflichtet wäre dem Mann den »anständigen« d. h. standesgemäßen Unterhalt zu gewähren (hergeleitet aus ABGB. § 44). Der Inhalt der Beitragspflicht muß,

soweit er sich auf den U. bezieht, wohl dem für diesen »gesetzlichen« U maßgebenden Recht entnommen werden; aus dem in § 3 Ziff. 7d erörterten, hier entsprechend geltenden Grunde muß jedoch der volle »gesetzliche« Unterhalt, wie er im »Beitragsrecht« bestimmt ist, die Höchstgrenze für die Beitragspflicht bilden. Im vorliegenden Beispiel muß in der Beitragspflicht der Frau berücksichtigt werden, daß sie dem Mann nur notdürftigen U. schuldet.

4. Das Haager Abkommen über die persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten vom 17 VII. 1905, RGBl. 1912 in 453, 475; 1924, 363; 1926, 553, (da in Art. 282 Vers. Vertrag nicht erwähnt, für Deutschland nur noch gegenüber Schweden und den Niederlanden neuerdings, auch gegenüber Polen und Danzig (13. IX. 29.) und Italien (28. III. 28.) in Kraft) schließt sich in seinen Grundsätzen denen des allgemeinen deutschen I.P.R. größtenteils an. Für die hier fraglichen U.-Pflichten[19]) ist jedoch nach Art. 9 Abs. 2 das letzte gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten maßgebend, falls sie während der Ehe nicht die gleiche Staatsangehörigkeit behalten. Die Lösung der Frage, welches Recht bei anfänglicher verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten maßgebend sein soll, läßt das Abkommen offen. Die Ausfüllung dieser Lücke schlägt die 6. Haager Konferenz über I.P.R. vom Januar 1928 (s. JW. 1928, 864) im Sinne der alleinigen Maßgeblichkeit des Heimatrechts des Mannes zur Zeit der Eingehung der Ehe vor. Ein Wechsel desselben soll weder für die güterrechtlichen noch für die persönlichen Beziehungen von Bedeutung sein, also bei anfänglicher Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit auch eine anfängliche perpetuatio legis (die nur für die Möglichkeit des Abschlusses eines Ehevertrags nicht nötig ist und sich darauf auch nicht erstreckt).

II. Wann eine Ehe rechtlich fehlerhaft, wie sie zu vernichten oder zu heilen ist, bestimmt sich nach den gemäß EG. Art. 13 einschlägigen Rechtsordnungen.

---

[19]) Zu den „Rechten und Pflichten der Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen" — die Qualifikation des Art. 14 EG. ist hier nicht maßgebend — gehören infolge ihres untrennbaren Zusammenhangs mit den persönlichen Verhältnissen wohl auch die U.-Pflichten, vergl. Dittmann, Anm. 1 zu Art. 1 des Abkommens.

Für die Beziehungen der Ehegatten in fehlerhaften Ehen ist in Art. 14 und Art. 15 EG., die nur von »Ehegatten« sprechen, nichts ausdrücklich bestimmt. Da aber auch das materielle deutsche Recht bei fehlerhaften Ehen von »Ehegatten« spricht (vergl. BGB. §§ 1323–1347), so sind die Beziehungen der Ehegatten in solchen mindestens formell bestehenden fehlerhaften Ehen in die Regelung der Art. 14 und 15 EG einbezogen; daher gilt für die U.-Pflichten in diesen Fällen de lege lata das unter I. Ausgeführte; zu einer abweichenden Behandlung besteht auch de lege ferenda kein Anlaß.

III. Die grundsätzlich I.P.-rechtliche Beurteilung der U.-Pflichten in den Fällen, in denen die Ehe, abgesehen vom Todesfall, aufgelöst ist oder doch die Gemeinschaft durch einen Rechtsakt (nicht nur tatsächlich, s. I.) gelockert oder aufgehoben ist:

1) Zunächst die Beurteilung der U.-Pflichten geschiedener Ehegatten:

EG. Art. 17 Abs. 1 gibt eine vollkommen zweiseitige C.N. für die Voraussetzungen der Ehescheidung; sie bestimmt sich für beide Gatten grundsätzlich nach den Gesetzen des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage angehört, jedoch aus Gründen des o. p. unter der erschwerenden Kumulation der lex fori; nach dem Exclusivsatz in Abs. 3[20]) zugunsten und ungunsten der deutschen Frau ist jedoch deutsches Recht maßgebend, wenn die Reichsangehörigkeit des Mannes erloschen ist, die der Frau aber bei Klageerhebung noch besteht. Das Recht des Art. 17 fällt also mit dem zur Zeit für die beiderseitigen persönlichen Beziehungen der Ehegatten maßgebenden Recht zusammen (s. I.), wenn man von der lediglich kontrollierenden lex fori absieht, wie das bei der nahen Beziehung der beiden Materien erforderlich ist.

Ueber die I.P.-rechtliche Behandlung der Wirkungen der Scheidung, die sich als Nachwirkungen der Ehe darstellen, schweigt das Gesetz.

a) Diese Wirkungen müssen, soweit sie Rechtsverhältnisse zwischen den Ehegatten bestimmen, ebenfalls dem Scheidungsrecht unterstellt werden, wobei natürlich die lediglich das Scheidungsrecht als solches aus Gründen des o. p. kontrollierende

[20]) Niemeyer S. 7 f, Neumeyer § 25; Lewald S. 111.

Kumulation der lex fori wegfällt[21]). Denn es liegt am nächsten, über diese Nachwirkungen der Ehe das Recht entscheiden zu lassen, das unmittelbar vor Klageerhebung die Wirkungen der Ehe bestimmt hat. Die Regelung der U.-Pflichten nach der Scheidung richtet sich somit nach der oben angeführten C. N. für die Scheidung selbst, ohne Kontrolle der lex fori. Die Feststellung Lewalds S. 125, Art. 17 EG. beziehe sich nur auf Scheidungen im Inland und müsse für Scheidungen im Auslande zwar an sich entsprechend gelten, werde aber da in seiner Wirksamkeit durch § 328 ZPO. beschränkt, läßt nicht klar genug die Unterscheidung zwischen deutschem und ausländischem I.P.R. sowie zwischen I.P.R. und I. Ziv. Proz. Recht hervortreten: Das deutsche I.P.R. normiert zwar die Zivilrechtsbeziehungen der ganzen Welt unter dem Gesichtspunkt des zuständigen Rechts; allein diese Normierung wird als eine I.P.-rechtliche Norm des deutschen Rechts nur von deutschen Gerichten angewandt, während ein ausländisches Gericht natürlich die I.P.-rechtliche Normierung seines Rechts anwendet; uns bleibt gegen diese nach deutschem I. Ziv. Pr. R. grundsätzlich anzuerkennenden ausländischen Urteile nur die Schranke des § 328 ZPO; daß auch das deutsche I.P.R. keinen Anspruch erhebt, von den ausländischen Gerichten angewandt zu werden, ergibt sich klar aus ZPO. § 328 Abs. 1, S. 3 Der Art. 17 EG. bedarf daher I.P.-rechtlich keiner Ergänzung; seine international-prozeßrechtliche Ergänzung hat er in dem grundlegenden § 328 ZPO.

b) Sonderfälle:

aa) In vielen Rechtssystemen ist der U. der Ehegatten nach der Scheidung nicht so starr geregelt wie nach deutschen Recht, vielmehr ist es in das billige Ermessen des Richters gestellt, ob er z. B. dem unschuldigen Teil eine Unterhaltsrente oder auch eine einmalige Abfindung zuerkennen will oder nicht (so nach C. C. fr. Art. 310; nach englischem Recht Eversley S. 235 f; schw. ZGB. Art. 152). Derartige Bestimmungen sind keine Prozeßvorschriften, auf die die lex fori etwa anzuwenden wäre (vergl. dazu das zu § 3, 4, b Gesagte), sondern gewähren evt. materielle Rechtsansprüche, die vom Gericht als unparteiischen Dritten nach Entstehung und Inhalt bestimmt werden (z. B.

[21]) Niemeyer S. 155; Enneccerus Fam. R. S. 141; Lewald S. 119 und die dort zitierte Rechtssprechung; Neumeyer § 25; Pillet-Niboyet, Manuel S. 560.

BGB. § 1579 Abs. 1), I.P.-rechtlich unterstehen sie der Scheidungsnorm.

bb) Im Gegensatz zum Falle aa) steht die gerichtliche vorläufige Regelung des U während des Scheidungsprozesses (vergl. ZPO § 627, schw ZGB. Art. 145, Egger Anm. 1, c hierzu), die mit mehr oder weniger Freiheit vom ehelichen U.-Recht abweicht und in der ein materielles U.-Recht nie geschaffen wird, auch dann nicht, wenn dabei die materielle Leistungspflicht nicht nur in ihren Modalitäten anders als nach dem Unterhaltsrecht des BGB. bestimmt wird, sondern auch dem Maße nach von ihr abgewichen wird (vergl Stein Jonas § 627 Anm III 2); diese prozeßualen Vorschriften unterstehen der lex fori (vergl. § 3, 4 c; Stein Jonas § 627a VII.)

cc) Das Scheidungsrecht dagegen bestimmt natürlich, ob an die Stelle einer Rente eine einmalige Abfindung treten kann, wem das Wahlrecht darüber zusteht und welchen Inhalt diese Abfindung hat[22]).

dd) Manche Rechtsordnungen kennen »Schadenersatzansprüche« des schuldlos geschiedenen Ehegatten gegen den schuldigen Teil (z. B der »Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch« des Art. 151 schw ZBG der, in vollem Umfange gewährt, den U.-Anspruch des Art. 152 ZBG. ausschließt, vergl. Gmür zu Art. 151). Hier wird man unterscheiden müssen: Soweit in diesen Ansprüchen etwa »Schadenersatz« für den entgangenen ehelichen Unterhalt enthalten ist, muß dieser wohl durch das Scheidungsrecht bestimmt werden; es entspricht zweifellos nicht dem Sinne solcher Bestimmungen, sie nur als rein deliktische Ansprüche zu werten, in welcher Eigenschaft sie unter Art. 12 EG, außerdem wohl als sittenwidrig (vergl. Motive zum BGB. Bd. IV S. 329 zu § 1454 des E I.) auch unter Art. 30 EG. fallen würden, ein unbefriedigendes Ergebnis; vielmehr spielt auch hier das Billigkeitsmoment, Rücksicht auf die frühere enge Verbundenheit der Gatten, das bei der Festsetzung der deutschen Bestimmung mit ausschlaggebend war (vergl. Motive a. a. O.), eine so bedeutende Rolle, daß es möglich ist, diese Ansprüche trotz abweichender Qualifikation im »Heimatland« als unseren U.-Ansprüchen nach der Scheidung einigermaßen entsprechend zu qualifizieren und sie somit dem Scheidungsrecht

[22]) Vergl. BGB. § 1580 Abs. 2, Egger Art. 153 schw. ZGB. Anm. 1.

zu unterstellen. Die übrigen in den fraglichen Normen enthaltenen Ansprüche auf Entschädigung für Beeinträchtigung von Vermögenswerten und Anwartschaften sind auch nach deutschem Recht wohl als rein deliktische zu werten, daher auszuscheiden; sie unterstehen Art. 12 EG., Art. 30 EG. ist besonders zu beachten

2. Es kann sein, daß die eheliche Gemeinschaft durch einen Rechtsakt gelockert oder aufgehoben ist[23]). Für die U.-Pflichten der Ehegatten muß hier entsprechendes gelten wie für die nach der Scheidung (s. 1), d. h. maßgebend muß das Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Klageerhebung sein. Die Ehe besteht zwar noch, es handelt sich also nicht um Nachwirkungen der Ehe; aber ihr Kern, die eheliche Gemeinschaft, besteht nicht mehr und es wäre daher nicht gerechtfertigt, den übrig bleibenden Torso an Rechten und Pflichten weiterhin an das wandelbare Heimatrecht des Mannes zu knüpfen.

Die gelockerte Ehe ist meist nur ein Uebergangsstadium.

Die eheliche Gemeinschaft kann wieder aufgenommen werden. Von diesem Augenblick an ist die oben dargestellte Fixierung des maßgebenden Rechts beendet und die U.-Pflichten unterstehen wieder dem jeweiligen Heimatrecht des Mannes.

Es kann sein, daß dieser Zustand durch Scheidung gelöst wird; dann gilt für die U.-Pflichten der Gatten nach der Scheidung das Recht des Mannes zur Zeit der Klagerhebung auf Aufhebung der Gemeinschaft (s. oben!); denn dieses war zuletzt für die persönlichen Beziehungen der Gatten maßgebend und muß gem. dem Gedanken des Art. 17 EG. in diesem Falle zuständig sein.

3. Das Haager Ehescheidungsabkommen vom 12. VI. 1902 (RGBl. 1904 S. 231), nicht erwähnt in Art. 282 Vers. Vertr, daher für Deutschland nur noch gegenüber Ungarn, Luxemburg, den Niederlanden und Schweden, neuerdings auch gegenüber Polen und Danzig (13. IX. 29.) sowie Italien (23. III. 28.) in

[23]) Vergl. BGB. § 1586. schw. ZGB. Art. 147, Oesterreich: Ehrenzweig Fam. R. § 432, C C. fr. Art. 306 f, Eversley S. 235 f usw. Nach Art. 17 EG. kann auf Aufhebung der ehel. Gemeinschaft auch dann erkannt werden, wenn das maßgebende ausländische Recht nur die Scheidung kennt. Gegen Niemeyer S. 153 und den Plenarbeschl. des RG. v. 12. 10. 03, RG. 48/,144,55,345, die die Unzulässigkeit einer »Séparation« ausländischer Gatten durch ein deutsches Gericht aussprechen, sind die berechtigten Ausführungen Lewalds S. 122, Neumeyers § 25, Kahns Bd. 2 S. 339 zu vergleichen.

Kraft, kommt in seiner grundsätzlichen Regelung dem Art. 17 EG. ziemlich nahe und ist gleich diesem auch auf die U.-Pflichten der Gatten nach der Scheidung oder Trennung auszudehnen. Abweichend ist auch hier wieder (vergl. I,4) eine perpetuatio legis in Art. 9 vorgesehen, sodaß bei nachträglicher verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten ihr letztes gemeinsames Heimatgesetz für die U.-Pflichten maßgebend ist. Die 6. Haager Konferenz über I. P. R. von 1928 schlug für den nicht geregelten Fall der anfänglichen Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Gatten vor, daß die Scheidung oder Trennung nach dem Rechte beider Gatten — also Kumulation — zulässig sein muß; ebenso soll der Fall nachträglicher Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit behandelt werden, wenn beide Gatten eine neue Staatsangehörigkeit erworben haben (JW. 1928, S. 863) [24]). Bei dieser Kumulation der Rechte wäre es fraglich, ob sie etwa auch für die U.-Pflichten der Gatten nach der Scheidung oder Aufhebung der Gemeinschaft gelten solle. Die Frage wäre aber zu verneinen. Denn diese Kumulation hat ihren Sinn lediglich in der erschwerten Möglichkeit der Scheidung, als Schutz des Bestehens der Ehe, nicht aber gegenüber deren Nachwirkungen, bei denen jeder rechtspolitische Grund einer Kumulation fehlt und eine solche in der Praxis nur Verwirrung anrichten würde; daher müßten auch bei der vorgeschlagenen Regelung sich die U.-Pflichten der Ehegatten nach der Scheidung oder Aufhebung der Gemeinschaft nach dem Heimatrecht des Mannes zur Zeit der Klageerhebung richten (bezw. bei nachträglicher Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Gatten nach ihrem letzten gemeinsamen Heimatrecht, gemäß Art. 9, Ehescheidungsakt.)

4) Die U.-Pflichten von Gatten, die in einer rechtlich fehlerhaften Ehe gelebt haben, müssen sich nach der Vernichtung dieser Ehe durch Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage oder

[24]) Zunächst ist nicht recht einzusehen, warum der Fall, daß nur der Ehemann eine neue Staatsangehörigkeit erwirbt, anders behandelt werden soll. Auch dürfte sich daraus, daß man für die persönlichen Beziehungen der Gatten während der Ehe das Problem der verschiedenen Staatsangehörigkeit durch die praktischere perpetuatio fori bezw. (bei anfänglicher Verschiedenheit) Präponderanz des Mannesrechts lösen will, (vergl. I,4) während man bei Scheidung grundsätzlich von dieser Kumulation ausgehen will, bei der inneren Beziehung beider Statuten erhebliche Schwierigkeiten ergeben; ist es dann doch möglich, daß für die ehelichen Beziehungen ein ganz anderes Recht maßgebend ist als für die Scheidung.

ähnliche Rechtsbehelfe nach dem Recht richten, nach dem die »Ehe« wegen ihrer Fehlerhaftigkeit vernichtet wurde; in Betracht kommen also die Heimatrechtsordnungen der Gatten zur Zeit der Eingehung der Ehe, EG. Art. 13. Das zuletzt für die »ehelichen« persönlichen Beziehungen maßgebende Recht kann hier keine Anwendung finden, da es sich bei diesen U.-Pflichten nicht um »Nachwirkungen der Ehe«, sondern um Billigkeitsnachwirkungen ihrer fehlerhaften Schließung handelt; die Ehe selbst wird ex tunc vernichtet; sie bestand daher nie bezw. wird als nie bestehend angesehen (vergl. RGK. § 1343 Anm. 3, ähnlich die meisten Rechtsordnungen). Hat z. B. ein Deutscher mit einer Schwedin eine Ehe geschlossen, so beurteilt sich deren Gültigkeit gemäß Art. 13 EG. für jeden der Verlobten nach seinem Heimatrecht. Wurde der Mann zur Eingehung dieser Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt und focht er die Ehe nach fünf Monaten an (BGB. § 1335, § 1339), so richtet sich die U.-Pflicht nach deutschem Recht (BGB. §§ 1345, 1346), ohne Rücksicht darauf, daß er inzwischen etwa eine andere Staatsangehörigkeit erworben hat; wäre dieselbe Ehe nach schwedischem Recht etwa nichtig infolge der Drohung und diese Nichtigkeit wie im deutschen Recht nur mit Nichtigkeitsklage geltend zu machen, so würden sich die U.-Pflichten nach dem Recht richten, auf Grund dessen Bestimmungen die Ehe zuerst und endgültig vernichtet wurde.

Bei dieser Vernichtung der Ehe ex tunc taucht auch jeweils die Frage auf, ob ein geleisteter Unterhalt wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden kann (vergl. z. B. RGK. § 1343 Anm. 3, der die Frage bejaht). Dieser Herausgabeanspruch richtet sich nach dem Ort der Bereicherung (Neumeyer § 36).

Nur soweit etwa das zuständige Recht der Vernichtung der fehlerhaften Ehe ex nunc vorsehen sollte, müßten sich die U.-Pflichten als Nachwirkungen der Ehe nach dem Recht richten, das zuletzt die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten bestimmt hat (vergl. III,1, a).

IV. Unterhaltspflichten nach dem Tode eines Gatten.

1) Stirbt ein Gatte in einer bestehenden rechtsgültigen Ehe, so hat er nach deutschem Recht mindestens einen Pflichtteilsanspruch gegen den Erben (BGB. § 2303 Abs. 2), der auch

die Sicherstellung eines wenigstens bescheidenen U.-zuschusses weiterhin gewährleisten soll. In vielen Rechtsordnungen ist jedoch hierfür eine andere Regelung getroffen. Einige versagen dem Ehegatten jede Mindestgarantie, so England, das kein Pflichtteilsrecht kennt, ebenso das frühere französische Recht (C. C. Art. 916), dessen droit d'usufruit (Art 767) ebenfalls durch Verfügung von Todeswegen aufgehoben werden kann; erst seit 9. III. 1891 ist in dem geänderten Art. 205 eine Garantie geschaffen in Form eines U.-Rentenanspruchs des überlebenden Gatten gegen den Reinnachlaß des Verstorbenen, der als einzige Vermögensmaße dafür haftet (Dalloz, Art. 205, Anm. 28); der Anspruch besteht nur bei Bedürftigkeit im Augenblick der Eröffnung der Erbfolge, nach deren Maß er auch veränderlich ist (Dalloz Art. 205, Anm. 24 und 38).

Nach Schweizer Recht hat der überlebende Gatte einen relativ bestimmten Pflichtteil (ZBG. Art. 471), als gesetzlicher Erbe ferner ein Wahlrecht zwischen ges. Erbteil und einem Nießbrauch am Doppelten, letzterer ist auf seinen Wunsch in eine feste Rente wandelbar (Art. 462, 463).

Nach österreichischen Recht hat der überlebende Gatte keinen Pflichtteil, dagegen nach ABGB. § 796 einen Anspruch gegen den Erben auf den mangelnden anständigen Unterhalt, der auch bei schweren Vergehen gegenüber dem Pflichtigen unentziehbar ist; für ihn haftet der reine Nachlaß in voller Höhe, ohne daß Pflichtteilsrechte geschmälert werden können, soweit sie zur Deckung des Unterhalts das Pflichtteil des Berechtigten erforderlich sind (Ehrenzweig, Bd. II,2 § 442, II,1); eine weitere Sicherung des Unterhalts der überlebenden Frau ist der Witwengehalt (ABGB. § 1242, Ehrenzweig § 442, 443).

Diese Sicherstellungen des Lebensbedarfes des überlebenden Gatten in Form einer Rente oder eines Nießbrauchs sind auf das engste mit der Struktur des betreffenden Erbrechts verflochten, auch wenn sie, wie Art. 205 C. C. fr., systematisch ganz anders eingeordnet sind. Das Erbrecht ist durch seinen Aufbau der Berechtigungen und Haftungsbestimmungen, die alle aufeinander abgestimmt sind, ein besonders geschlossenes Rechtssystem, in dem grundsätzlich nur eine einzige Rechtsordnung Anwendung finden kann. Alle diese dem Unterhalt dienenden Rechte des überlebenden Gatten unterstehen daher nicht etwa dem letzten Eherecht, sondern dem für die Erbfolge maß-

gebenden Recht, das ist nach EG. Art. 24,25 grundsätzlich das Heimatrecht des Erblassers zur Zeit seines Todes.

2) Die geschiedenen Gatten haben wohl in keiner Rechtsordnung ein Erbrecht untereinander; wohl aber erstreckt sich eine etwaige U.-Forderung eines geschiedenen Gatten gegen den anderen nach manchen Rechten über den Tod des anderen Gatten hinaus vergl. BGB. § 1582, Dalloz C. C. Art. 205, Anm. 23; während sie nach Schweizer Recht z. B. mit dem Tode des Verpflichteten erlischt, Egger ZGB. Art. 153 Anm. 2,c; Gmür Art. 153 Anm. II,3; ebenso das englische Recht, vergl. Curty Bd. 1, S. 50). Derartige U.-Forderungen richten sich gegen den Nachlaß. Die Verknüpfung mit dem Erbrecht ist hier, soweit überhaupt vorhanden, sehr locker, sodaß es nahe liegt, diese Ansprüche demselben Recht zu unterstellen, dem sie bei Lebzeiten des anderen Gatten unterstanden (vergl. III,1). Immerhin kann ein etwaiges Modifikationsrecht oder Wahlrecht des Erben in den beiden fraglichen Rechtsordnungen verschieden behandelt sein, sie können Bezug nehmen auf einen Begriff der Erbordnung (wie z. B. BGB. § 1712, Abs. 2 für den U.-Anspruch des unehelichen Kindes gegen den Erben des Vaters). Angesichts dieses immerhin gegebenen inneren Zusammenhangs kann es, wenn auch nicht in denselben Maß wie im Falle 1, zu Störungen der Einheitlichkeit des Erbfolgerechts führen, wenn das für die Erbfolge maßgebende Recht nicht auch für diese Ansprüche maßgebend ist. Ich halte daher auch hier EG. Art. 24,25 für einschlägig.

3) Entsprechendes gilt von dem etwaigen U.-Anspruch eines Ehegatten, der auf Grund eines Rechtsakts getrennt gelebt hat, gegen den Nachlaß des verstorbenen Gatten (z. B. nach BGB. § 1586, § 1578, § 1579; Dalloz Art. 205, Anm. 22), gleichgültig ob das Eheband noch als bestehend oder nicht anzusehen war.

Ebenso muß nach dem Aufgeführten ein U.-Anspruch gegen den Nachlaß auf Grund der Eingehung einer fehlerhaften, später vernichteten Ehe dem Erbrecht unterstellt werden (z. B. BGB. § 1345, § 1346, § 1578, § 1579).

V. Die Rechtsinstitute der Polygamie und des Concubinates, die unter keinen Rechtstyp des deutschen Rechts gebracht werden können, sind immerhin der »Ehe« noch am ähnlichsten; die

daraus entstehenden U.-Pflichten sind daher entsprechend wie zu I—IV zu behandeln.

§ 5. Der Unterhalt zwischen Eltern und ehelichen Kindern.

I. Das Grundverhältnis der Ehelichkeit eines Kindes bestimmt sich nach dem zur vollkommen zweiseitigen C. N. zu ergänzenden [25]) Art. 18 EG. nach dem Heimatgesetz des Vaters zur Zeit der Geburt des Kindes, und falls dieser vorher gestorben ist, nach seinem letzten Heimatrecht (dieses Recht entscheidet auch über die Anfechtung, Anerkennung usw., RGK. Vorbem. 3 zu § 1591; Lewald S. 130). Entsprechend muß auch im Falle der Scheidung vor der Geburt des Kindes nach herrschender Meinung (vergl. Lewald S. 129) die Staatsangehörigkeit des Mannes im Zeitpunkt der Auflösung der Ehe maßgebend sein [26]), ein späterer Wechsel der Staatsangehörigkeit des Mannes bleibt außer Betracht. Das gleiche muß auch bei einer Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gelten. Art. 18 EG. setzt die Rechtsgiltigkeit der Ehe voraus, die sich nach den Rechtsordnungen des Art. 13 beurteilt. Nach dem gem. Art. 18 EG. zuständigen Recht muß sich aber entsprechend auch die Rechtsstellung eines aus einer fehlerhaften Ehe hervorgegangenen Kindes beurteilen [27]). War der »Ehemann« der Mutter eines solchen Kindes beispielsweise bei dessen Geburt Deutscher, so hat das Kind die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes, wenn nur ein Elternteil der Nichtigkeit der Ehe gegenüber gutgläubig war (BGB. § 1699 Abs. 1). Ist die fehlerhafte Ehe vor der Geburt des daraus hervorgegangenen Kindes vernichtet, so muß sich dessen Rechtsstellung m. E. nach dem Heimatrecht des »Ehemanns« zur Zeit der »Eingehung der Ehe« richten, da für sein letztes »eheliches«

[25]) Niemeyer S. 155, Neumeyer § 26; einschränkend dagegen RGK. Vorbem. 3 zu § 1591.

[26]) Bei Wiederverheiratung der Frau hat das Heimatstatut des neuen Mannes den Vorrang vor dem Scheidungsstatut, wichtig bei verschiedenen Conzeptionsfristen.

[27]) Lewald S. 130; ebenso KG., OLG. 42,97; grundsätzlich ebenso RGK. § 1699 Anm. 2, jedoch mit der unbegründeten Einschränkung, daß bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten zur Zeit der Geburt des Kindes diesem nur diejenigen Rechte zugesprochen werden könnten, welche ihm nach beiden Rechtsordnungen zustehen würden. Unzutreffend beurteilt RG v. 16. 12. 14 das aus einer ungiltigen Ehe hervorgegangene Kind ohne weiteres als unehelich; vergl. auch Frankenstein Bd. 1, S. 235. Niemeyer's Entscheidung für Art. 19 EG. (S. 156) ist sachlich übereinstimmend mit der Lewalds.

Heimatrecht infolge einer rückwirkenden Vernichtung kein Raum ist (vergl. § 4, III,4).

Die systematisch hierher gehörige Legitimation ist aus technischen Gründen in § 6 behandelt.

II. Die Unterhaltspflicht zwischen Eltern und ehelichen Kindern.

1) Für die gesamten Familienbeziehungen zwischen Eltern und ehelichen Kindern, also auch für ihre gegenseitigen Unterhaltspflichten (RGK. Vorbem. 3 zu § 1601), einschließlich der etwaigen Pflicht der Eltern zur Leistung einer Aussteuer oder Ausstattung, ist EG. Art. 19 maßgebend, der zur vollkommen zweiseitigen C. N. zu erweitern ist (Niemeyer S. 155; Neumeyer § 26; Lewald S. 131; RG. 81,378). Demnach ist für die gegenseitigen U.-Pflichten grundsätzlich das jeweilige Heimatrecht des Vaters bestimmend, sowohl für die U.-Pflichten der beiden Eltern gegenüber den Kindern wie umgekehrt (a. M. Niedner). Dieses Recht entscheidet auch einheitlich darüber, in welchem Rang Vater und Mutter den ehelichen Kindern gegenüber U.-Pflichtig sind, ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Mutter.

Der Gatte und Vater, der materiell-rechtlich das ausschlaggebende Zentrum im engsten Familienkreis ist, vereinigt auch international-privatrechtlich die Beziehungen seiner Familie in seinem Heimatrecht (vergl. § 4, I,1 [28]). Ein abweichendes Heimatrecht der Ehefrau und Mutter bleibt außer Betracht; ebenso ein solches der ehelichen Kinder [29]); Es macht nach Art. 19 EG. auch keinen Unterschied, ob die Kinder minderjährig oder volljährig, verheiratet oder ledig sind; auch wenn die enge Familienzelle und die Vormachtstellung des Vaters sich durch die Gründung neuer Familienzellen von seiten volljähriger,

[28]) Anders das englische l. P. R. Dicey S. 525, wo für die Unterhaltspflichten zwischen Eltern und ehelichen Kindern das Personalstatut desjenigen maßgebend ist, gegen den ein Anspruch erhoben wird.

[29]) Nur in wenigen Indigenatsrechten erwirbt übrigens das eheliche Kind nicht mit der Geburt ipso iure die Staatsangehörigkeit des Vaters, so nach dem Territorialprinzip des argentinischen und brasilianisch Indigenatsrechts; die gleichen Staaten machen auch eine der seltenen Ausnahmen von der Regel, daß sich der Erwerb einer Staatsangehörigkeit des Vaters ipso iure auf seine minderjährigen ehelichen Kinder erstreckt, ebenso Rußland bei Kindern über 14 Jahren; Deutschland kennt die Möglichkeit des Vorbehalts (§ 16 Staatsangehörigkeitsgesetz).

nicht mehr unter elterlicher Gewalt stehender Kinder gelockert hat, bleibt das Heimatrecht des Vaters grundsätzlich maßgebend.

2) Auch hier besteht aus denselben Gründen wie für die persönlichen Beziehungen der Ehegatten, das Wandelbarkeitsprinzip (siehe darüber und über den Übergang vom alten zum neuen Heimatrecht bei den U.-Pflichten § 4, I,2, b, bb).

a) Auch hier suchte man die Möglichkeit des Vaters, arglistig seine U.-Rechte zu steigern oder seine U.-Pflichten zu schmälern oder im Verhältnis zu seiner Ehefrau eine ihm vorteilhafte Verschiebung bezüglich der U.-Pflichten gegenüber den Kindern herbeizuführen, in manchen Staaten durch eine perpetuatio legis auszuschließen, so Polen, Ges. v. 1926, Art. 192, Tschechischer Entwurf eines BGB. § 34 Ziff. 2, die bei späterer Verschiedenheit der Staatsangehörigkeiten der Beteiligten, also auch wenn die Mutter oder die Kinder ihre Staatsangehörigkeit gewechselt haben, das letzte gemeinsame Heimatrecht bestimmen lassen [30]); bei einem einseitigen Wechsel des Heimatrechts des Vaters ist diese Regelung zweifellos wünschenswert, wenn sie auch in ihrer Wirkung hauptsächlich volljährigen Kindern zugute kommt, da Minderjährige fast allenthalben ipso iure die neue Staatsangehörigkeit des Vaters miterwerben.

b) Das deutsche geltende I. P. R. läßt, wie im persönlichen Eherecht, eine solche perpetuatio legis nur [31]) für den Fall eintreten, daß der an sich maßgebende Elternteil die Reichsangehörigkeit aufgibt, das Kind sie aber behalten hat, ohne Rücksicht darauf, ob sich das für das Kind als Vorteil oder Nachteil gegenüber der grundsätzlichen Lösung herausstellt.

3) Ist der Vater gestorben, so bestimmen sich die gesamten U.-Pflichten zwischen der Mutter und ihren ehelichen Kindern gem. EG. Art. 19, nunmehr nach dem jeweiligen Heimatrecht der Mutter.

4) In den Fällen, in denen die enge Familiengemeinschaft aufgelöst oder die Vormachtstellung des Vaters gegenüber den

[30]) Eine »unterscheidende« Kumulation, nach der etwa jeder nach seinem Heimatrecht verpflichtet wird, so Griechenland Ziv. Ges. von 1856 Art. 4, Spanien ZGB. Art. 9 ist infolge der starken Verknüpfung und Wechselbeziehung, in der die Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern überall stehen, untunlich, löst übrigens speziell dieses Problem nicht, sondern erweitert es noch. Eine »limitierende Kumulation« ist unpraktisch.

[31]) Neumeyer § 26.

Kindern vernichtet ist, fehlt der tiefere Grund zur Konzentration der Beziehungen im Heimatrecht des Vaters.

a) Daher erklärt Neumeyer § 26 das Heimatrecht der Mutter von dem Augenblick an als maßgebend für die gesamten Beziehungen zwischen Eltern und ehelichen Kindern, in dem die elterliche Gewalt des Vaters erloschen ist. Im Hinblick auf Rechtsordnungen, in denen in so gekünstelter Art, wie in der deutschen, zwischen »Ruhen« der elterlichen Gewalt (BGB. § 1676, § 1677) und ihrer endgiltigen »Verwirkung« (§ 1680) unterschieden wird, müßte man wohl auf die rechtmäßige »Ausübung« der elterlichen Gewalt abstellen, um den Gedanken ganz gerecht zu werden. Verliert auch die Mutter die elterliche Gewalt, so fehlt es überhaupt an einem Zentrum, das die Beziehungen, wie notwendig (s. Anm. 30), einen einheitlichen Recht unterwirft; zweckmäßigerweise wäre dann das Heimatrecht desjenigen Elternteils entscheidend, der zuletzt die elterliche Gewalt besessen hat, und zwar das Heimatrecht im Augenblick des Verlustes derselben.

Diese Sonderregeln kommen bei dem gewöhnlichen Untergang der elterlichen Gewalt durch den Eintritt der Volljährigkeit der Kinder nicht in Frage. Ob sie überhaupt schon geltendes Recht sind, ist sehr zweifelhaft, da sie im Gesetzestext nirgends auch nur angedeutet, sondern lediglich der ratio legis entnommen sind.

b) Der Fall der Auflösung der engen Familiengemeinschaft — Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft — ist de lege lata ebenfalls nicht zweifelsfrei zu lösen.

aa) Zunächst ist strittig, ob sich die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern über die Auflösung der ehelichen Gemeinschaft hinaus nach Art. 19 EG. richten oder ob von diesem Augenblick an die Scheidungsnorm Art. 17 EG. eingreift. Da aber Gegenstand des Art. 19 ohne jede diesbezügliche Einschränkung die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern sind, der Text des Art. 17 sich offenbar lediglich auf die der Ehegatten untereinander bezieht, hat man auch für diesen Fall Art. 19 anzuwenden.[32])

[32]) So auch Habicht; Enneccerus Familienrecht S. 419, Lewald S. 120, der mit Recht Art. 16 auf die Abgrenzung der Rechte der Ehegatten an der Person des Kindes in ihrem Verhältnis untereinander beschränkt. A. M. Niemeyer S. 155, 157, der Art. 17, die »vermögensrechtlichen Beziehungen« ausgenommen für maßgebend hält. Die Rechtsprechung hat noch keine entscheidende Stellung zu der Frage genommen.

Trotzdem ist es möglich, daß die Neuordnung der Familienverhältnisse nach dem gem. Art 17 maßgebenden Recht auf die U.-Verpflichtungen gem. dem nach Art. 19 zuständigen Recht Einfluß gewinnt: Besitzt z. B. der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage die deutsche Staatsangehörigkeit und steht nun infolge einer Scheidung aus beiderseitigem Verschulden gem. § 1635 Abs. 1 BGB die Sorge für eine gemeinschaftliche Tochter der Mutter zu, so wird der Vater der Tochter den Unterhalt ein für allemal in Form einer Geldrente zukommen lassen müssen, auch wenn er nach dem gem Art. 19 EG. maßgebenden Recht grundsätzlich die Art seiner U.-Leistung bestimmen könnte (z. B. BGB. § 1612 Abs. 2). Um die Scheidungsordnung nicht illusorisch zu machen, muß hier bezüglich der Form der U.-Leistung eine Fixierung ohne Rücksicht auf das Recht des Art. 19 eintreten. Nach dem sehr praktischen englischen Recht (Bicknell S 33 f) hat das Gericht im Ehescheidungsverfahren auf Antrag die Möglichkeit, durch Verfügung nach Ermessen dem Vater oder der Mutter den Unterhalt des ehelichen Kindes aufzuerlegen; diese Vorschrift dürfte im Gegensatz zu den Fällen § 3, 4,b und § 4,III,1,b,aa eine prozessuale sein, da hier das Gericht nicht als unparteiischer Dritter ein Recht in seiner Entstehung bestimmt, und somit der lex fori unterliegen.

bb) Eine andere Frage ist, ob Art. 19 bei der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft unverändert Anwendung findet. Es könnte an sich überhaupt zweifelhaft sein, ob nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft das Heimatrecht eines Elternteils noch einheitlich die Gesamtbeziehungen mit den ehelichen Kindern, auch die des anderen Elternteils, bestimmen soll; die Frage muß aber schon aus praktischen Gründen bejaht werden, da infolge der engen Verflochtenheit der Beziehungen zu den beiden Elternteilen untereinander eine Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf jede der beiden Beziehungen undenkbar ist; die Familie wird auch nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft durch das Kind zu einer Einheit zusammengehalten und es wäre das Richtigste, nunmehr dessen Heimatrecht über die Gesamtbeziehungen zwischen Eltern und Kindern bestimmen zu lassen, wenn damit nicht bei unmündigen Kindern gem. den meisten Indigenatsrechten dem Heimatrecht des Vaters ohne Rücksicht auf dessen Verschulden oder elterliche Gewalt die

Bestimmung über die Beziehungen in die Hand gespielt würde. Maßgebend muß also das Heimatrecht eines Elternteils bleiben. RG. 81/378 erwägt, das Heimatrecht der Mutter entscheiden zu lassen, analog dem Fall des Todes des Vaters, wenn dieser aus seinem Verschulden geschieden und ihm Kraft Gesetzes die Sorge für die Person des Kindes genommen ist. Ich glaube, daß man auf die letztere Tatsache allein abstellen sollte, was dann dem oben unter aa) besprochenen Vorschlag Neumeyers in dem Grundgedanken der Lösung entspricht, und daß man die zunächst nur für das interne Verhältnis zwischen den Gatten bedeutsame Frage des Verschuldens aus dem Spiele lassen kann; sie wird, soweit notwendig, nach den meisten Rechtsordnungen auch bei der Zuteilung der Sorge für die Person des Kindes gebührend berücksichtigt.

Der Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes zusteht, hätte es dann allerdings in der Hand, durch Wechsel der Staatsangehörigkeit eine für den anderen Elternteil ungünstige Verschiebung eintreten zu lassen; trotzdem wird man hier eine perpetuatio legis nicht für erstrebenswert und die Lösung somit, mindestens de lege ferenda, für wünschenswert halten; ob man sie nach geltenden Recht für möglich erachten kann, muß sehr zweifelhaft bleiben.

5) Art. 19 gilt auch für fehlerhafte, äußerlich noch bestehende Ehen, soweit das Grundverhältnis der Ehelichkeit vorliegt (vergl. I).

Ebenso beurteilen sich die gesamten Beziehungen zu Kindern, die den ehelichen gleichgestellt sind.

III. Besondere Fälle.

1) Es ist möglich, daß die Eltern nicht nur gegenüber ihren ehelichen Kindern unterhaltspflichtig sind, sondern auch ein Gatte gegenüber den anderen verpflichtet ist, den ehelichen Kindern Unterhalt zu gewähren, also eine gesetzliche Verpflichtung zugunsten Dritter.

Denkbar ist, daß der Mann infolge der Ordnung des ehelichen Güterrechts gegenüber der Frau verpflichtet ist, die Einkünfte ihres Vermögens in erster Linie zum Unterhalt der ehelichen Kinder (und ihrem eigenen) zu verwenden, so BGB. § 1389 Abs. 2. Solche Bestimmungen sind güterrechtlicher Natur und müssen sich daher aus dem nach Art. 15 EG. zuständigen Recht ergeben.

Davon streng zu trennen ist eine allgemeine gegenseitige Verpflichtung der Gatten, ihren Kindern Unterhalt zu gewähren, so z. B. C. C. fr. Art. 203, die mit Güterrecht nichts zu tun hat und neben den direkten gegenseitigen U.-Pflichten als »persönliche Rechtsbeziehung der Ehegatten« zu werten ist, sich also aus dem gem. Art. 14 EG. zuständigen Recht ergeben muß.

Diese beiden Arten gesetzlicher U.-Verpflichtungen zugunsten Dritter sind »Blankettverpflichtungen«, die ihren Inhalt erst aus der jeweiligen U.-Verpflichtung des Elternteils gegenüber dem Kinde schöpfen. Diese letztere muß, unabhängig (analog dem Fall der ehelichen Beitragspflicht § 4,I,3), nach dem nach Art. 19 maßgebenden Recht bestimmt werden.

2) Nach manchen Rechtsordnungen besteht eine ausdrückliche U.-Beitragspflicht eines Elternteils gegenüber dem anderen, der dann den Unterhalt an die Kinder zu leisten hat; kein Recht zugunsten der Kinder, sondern ein Recht des Elternteils, Leistungen an sich zu fordern, so die Beitragspflicht der Mutter nach BGB § 1585 Abs. 1 an dem geschiedenen, dem Kind gegenüber unterhaltspflichtigen Vater; in diesem Beispiel handelt es sich um Scheidungsrecht und das nach Art. 17 EG. maßgebende Recht ist daher bestimmend. Über die Bestimmungen des Inhalts dieser Blankettnormen vergl. § 4,I,3.

Dagegen unterliegt eine gerichtliche Verteilung des Kinderunterhalts zwischen den Eltern mittels einstweiliger Verfügung (vergl. Z. P. O. § 627 I; Bicknell S. 33 f, usw.) der lex fori.

3) Ob der Ehemann berechtigt ist, Unterhaltsansprüche, die seiner Frau gegen die Kinder (oder sonstige Dritte) zustehen, selbständig im Prozeß geltend zu machen, bestimmt die gem. Art. 15 E. G. zuständige Rechtsordnung.

§ 6. Die Unterhaltspflichten bei Legitimation u. Adoption.

I. Für die Entstehung des Grundverhältnisses bestimmt Art. 22 EG. das maßgebende Recht. Daß der erste Absatz dieser Bestimmung zur vollkommen zweiseitigen C. N. zu erweitern ist, sodaß grundsätzlich das Heimatrecht des Vaters zur Zeit der Legitimation bezw. das des Annehmenden zur Zeit der Annahme über die Möglichkeiten und Gestaltungen[33]) beider Rechtsgeschäfte entscheidet, ist unbestritten (RGK. Vorbem. 2

[33]) Vergl. materiell-rechtlich die rechtsvergleichende Studie von Schulhöfer, »Typen der Adoption« 1928.

zu § 1741; RG. 125, 266). Auch bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe entscheidet über Möglichkeit und Voraussetzungen [34]) das Heimatrecht des Vaters (Art. 13 EG gilt nur für die Eheschließung als solche).

Da die Fassung des Artikels nicht zu der Annahme zwingt, daß Absatz 2 zu den beliebten Exclusivsätzen gehört, wird man ihn ebenfalls zur vollkommen zweiseitigen C. N. erweitern und damit das wünschenwerte Ergebnis gewinnen, daß betreff des Erfordernisses der Einwilligung des Kindes oder Dritter, die mit ihm in einem familienrechtlichen Verhältnis stehen, das Heimatrecht des Kindes zur Zeit der Legitimation bezw. Adoption zur Anwendung kommt [35]).

II. Für das Recht, unter dem die Wirkungen dieser Rechtsgeschäfte stehen sollen, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Grundsätzlich müssen aber diese Wirkungen dem gleichen Recht unterstehen, wie die Eingehung der Grundverhältnisse (so auch Niemeyer S. 160.

1) Legitimation.

a) Da bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe das Kind ganz allgemein beiden Elternteilen gegenüber in die Stellung eines ehelichen Kindes einrückt, so müssen sich auch die gegenseitigen U.-Pflichten von diesem Augenblick an nach dem wandelbaren Recht richten, das für die U.-Pflichten zwischen Eltern und den ehelichen Kindern maßgebend ist (vergl. § 5,II; so auch ausdrücklich E. I § 14, E. II § 2352, Niemeyer S. 160).

b) Die legitimatio per rescriptum principis verschafft dem Kinde nur dem Vater gegenüber die Stellung eines ehelichen;

---

[34]) Nach spanischem Recht z. B. vollzieht sich die Legitimation nicht ipso iure mit der Eheschließung, sondern erst nach streng rechtsförmlicher Anerkennung des Kindes durch die beiden Eltern.

[35]) Ebenso E. I § 14, E. II § 2253; Neumeyer § 26; Niemeyer S. 58, ausführlich Lewald S. 153. Gegenteiliger Auffassung. im Einzelnen nicht klar, RGK. Vorbem. 2 zu § 1741; RG. 125,266; Habicht Art. 22 Anm. II,2,a und III,b, woraus unter anderem auch die mißliche Folgerung zu ziehen wäre, daß die Apotion einer Person, deren Heimatrecht dieses Rechtsinstitut überhaupt nicht kennt — so Holland, Portugal, Argentinien und bis zur Adoption Order 1926 auch England — möglich wäre. In unserem Sinne ist die Frage auch gelöst in Frankreich Rép. d. dr. i. Bd. I Adoption, Nota 3 f; Pillet-Niboyet, Manuel S. 573; Italien, Rép d. dr. i. Bd. 6, Italie, Bem. 155; Oesterreich Walker Kommentar zum ABGB. § 36 Anm. V,B,3; Entwurf der Panamerikanischen Union 1928 Art. 73.

die gegenseitigen U.-Pflichten im Verhältnis zu ihm müßen sich daher ebenfalls nach dem Recht wie zu a) richten; aber selbst dem Vater gegenüber wird nicht überall das volle Grundverhältnis der »Ehelichkeit« (nach unserer Qualifikation) hergestellt; so erhält nach spanischem Recht ein mittels königlicher Bewilligung legitimiertes Kind nur Namensrecht, U.-Recht und Erbrecht (vergl. Rechtsvergleichen des Handwörterbuch Bd. 1, Spanien II,2). In diesen Grenzfällen mag es dahingestellt bleiben, ob für die Folgen einer solchen Legitimation ein für allemal das Recht maßgebend bleibt, das für den Rechtsakt der Legitimation selbst maßgebend war und somit die C. N. des Art. 19 ausscheidet; es ist dann Ermessensfrage, wie nahe die rechtliche Stellung des legitimierten Kindes der eines ehelichen kommt.

Der Mutter gegenüber bleibt das Verhältnis ein uneheliches und die U.-Pflichten richten sich daher nach dem für diese Beziehung maßgebenden Recht (vergl. § 7). Diese Lösung des geltenden Rechts kann, nicht bezüglich der U.-Pflichten, wohl aber bezüglich der sonstigen Beziehungen (elterliche Gewalt, Sorge für die Person des Kindes, Vertretung) zu mißlichen Verwirrungen führen, wenn das Recht der unehelichen Mutter von dem des Vaters abweicht (vergl. auch § 7).

Zu a) u. b). Die Staatsangehörigkeit des legitimierten Kindes ist in beiden Fällen belanglos, von der Schutzbestimmung zugunsten deutscher ehelicher Kinder und Art. 20 Satz 2 abgesehen.

2) Adoption.

a) Das Recht des Art. 22 entscheidet grundsätzlich auch über die Wirkungen der Adoption; da das Recht des Adoptierten nur bezüglich der Einwilligungserfordernisse Anwendung findet, ist für den gegenseitigen Unterhalt zwischen Adoptanten und Adoptierten allein das unwandelbare Heimatrecht des Adoptanten zur Zeit der Adoption maßgebend [36]), d. h. wohl zur Zeit der Vollendung der Adoption; wann dieses Rechtsgeschäft aber vollendet ist, soll sich wieder nach diesem Heimatrecht beurteilen, also ein circulus vitiosus. Da hier jedoch die Person und ihre Staatsangehörigkeit unzweifelhaft als Anknüpfungspunkte gegeben sind, so mag man, um den mißlichen deus ex machina,

[36]) So auch das französische I. P. R, Pillet-Niboyet, Manuel S. 574, während Rép. d. dr. i. Bd. I, Adoption Bem. 7 dem Recht des Adoptierten den Vorzug gibt. Italien, Rép. d. dr. i. Bd. 6, Italie, Bem. 155 hat für die Wirkungen der Adoption die mißliche Konstruktion der Kumulation beider Rechte.

den Rückgriff auf das deutsche materielle Recht, wie er bei einem reinen circulus virtiosus der Anknüpfung unausweichlich ist (vergl. die glänzenden Abhandlungen Franz Kahns, Bd. I, S. 61 f, 84 f; noch herumkommen, indem man bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit nach Einleitung der Adoption dasjenige augenblickliche Heimatrecht entscheiden läßt, demgemäß zuerst sich die eingeleitete Adoption als vollendetes Rechtsgeschäft darstellt.

Dieses Recht bleibt, wie erwähnt, für die gegenseitigen U.-Pflichten unwandelbar maßgebend, da sich diese als Folgen eines einmaligen Rechtsgeschäfts darstellen; wenn auch durch die Adoption meist ein ähnliches Verhältnis hergestellt wird, wie bei Eltern und ehelichen Kindern, so entsteht nach abendländischer Auffassung doch durchaus kein Blutsband, das diese Wirkungen etwa nach dem jeweiligen Rechte neu hervorbrächte und eine Wandelbarkeit rechtfertigen würde. Das Erlöschen des Adoptionsverhältnisses, das auch die U.-Pflichten zum Erlöschen bringt, richtet sich nach dem Recht des Adoptanten zur Zeit der Adoption.

b) Die gegenseitigen U.-Pflichten zwischen den leiblichen Eltern und ihren Kindern und zwischen Adoptanten und Adoptierten richten sich grundsätzlich unabhängig voneinander, jede nach dem Recht, auf das die für sie maßgebende C. N. verweist. Das ist wohl der Gedanke v. RG. 13 X. 19, wonach Einwirkungen der Adoption auf das Rechtsverhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nach dem Heimatrecht der Eltern sich beurteilen sollen; also: Ein Engländer mit Wohnsitz in England adoptiert einen Deutschen. Das Adoptionsverhältnis, auch die U.-Pflichten, richten sich nach englischem Recht. Das Rechtsverhältnis dagegen des Adoptierten zu seinen ehelichen deutschen Eltern richtet sich nach deutschem Recht und die Bestimmung des englischen (und amerikanischen) Rechts, der gemäß die U.-Rechte und Pflichten der Eltern des Adoptierten mit der Adoption erlöschen, bleibt außer Betracht. In Frage kommt vielmehr BGB. § 1766 für die Einwirkung dieser Adoption auf die U.-Rechte und Pflichten der Eltern. Würde umgekehrt ein Engländer von einem Deutschen adoptiert worden sein, so würden die U.-Rechte und Pflichten der in England lebenden Eltern erlöschen. Eine mißliche Rechtslage würde sich in den seltenen Fällen ergeben, in denen etwa sowohl das

»Adoptionsrecht« wie das »Elternrecht« gleichzeitig bezüglich der U.-Rechte und Pflichten, jedes für sein Verhältnis, den Vorrang vor dem anderen (oder Nachrang) fordert. Der spanische C. C. Art. 176 stellt die U.-Pflicht gegenüber dem Adoptivkind in Range hinter die gegenüber dem natürlichen Kind; es liegt nahe, daraus zu schließen, daß die natürlichen Eltern vor den Adoptiveltern zum Unterhalt herangezogen werden sollen. Ist also ein Deutscher von einem Spanier, der eheliche Kinder hat, adoptiert, so würde ihn das spanische »Adoptionsrecht« wegen des Unterhalts in erster Linie auf die leiblichen Eltern, das deutsche »Elternrecht« (BGB. § 1766) ihn in erster Linie an den Adoptierten verweisen. RG. 125,271 hat bezw. des Rechtsgeschäfts der Adoption mit Recht hervorgehoben, daß Art. 22 EG. das ganze Adoptionsgeschäft ergreift und sich bezüglich der rechtlichen Beteiligung der ehelichen oder unehelichen Eltern an diesem Geschäft als Sondernorm gegenüber Art. 19 und 20 darstellt; zu dieser Annahme wird man sich um so leichter entschließen, wenn man, wie oben, Abs. 2 des Art. 22 ebenfalls zur vollkommen zweiseitigen C. N. ergänzt im Gegensatz zu der genannten Entscheidung des RG. Da Art. 22 EG. auch für die Wirkungen der Adoption gilt, muß auch hier bei dem sehr seltenen »negativen oder positiven Kompetenzstreit« — (nicht nur im U.-Recht, sondern auch bezüglich des Übergangs der elterlichen Gewalt auf den Adoptanten stimmen die meisten Rechtsordnungen überein, ausgenommen C. C. Ital. Art. 212, der die elterliche Gewalt den Eltern beläßt) — bezüglich der U.-Pflichten in den beiden fraglichen Rechtsordnungen dem »Adoptionsrecht« der Vorrang eingeräumt werden; im obigen Fall würde also das spanische Recht bezüglich des Rangverhältnisses der U.-Rechte und Pflichten das maßgebende sein.

c) Bezüglich der U.-Rechte und Pflichten der Adoptierten gegenüber den Verwandten des Adoptanten und des letzteren gegenüber den Verwandten des Adoptierten vergl. § 8.

3) Im Geltungsgebiet des altfranzösischen Rechts und in Österreich besteht noch als besonderes Rechtsinstitut die der Adoption verwandte, in ihren Wirkungen aber schwächere Einrichtung der »Pflegekindschaft« (die Pflegeeltern übernehmen Erziehung und Unterhalt des minderjährigen Kindes, ohne darüber hinausgehende rechtliche Wirkungen. Sie ist auch im deutschen Entwurf wieder vorgesehen, vergl. Rechtsvergleichendes

Handwörterbuch Bd. 2, Adoption, S. 50, VI). International privatrechtlich ist sie auch in ihren Wirkungen, also auch bezüglich der aus ihr entstehenden U.-Rechte und Pflichten, analog der Adoption zu behandeln.

§ 7. Die Unterhaltspflichten bei der unehelichen Kindschaft.

I. Das Grundverhältnis.

1) Das Grundverhältnis der unehelichen Kindschaft ist dann gegeben, wenn das »positive« der Ehelichkeit nach dem Recht, auf das die hierfür einschlägigen C. N. (vergl. § 5,I und § 6,I) verweisen, nicht vorliegt[37]). Die Frage ist dann, welche Personen die unehelichen Eltern sind, wem gegenüber also dieses Grundverhältnis besteht.

2) Was die Mutter anlangt, so gehen fast alle Rechtsordnungen davon aus: mater semper est certa. Eine eigene »Anerkennung« der Mutterschaft verlangt z. B. Frankreich, Italien und Brasilien (vergl. z. B. C. C. fr. Art. 334,335,341,342; brasil. ZGB, Fassung vom 15. I. 19 Art. 356). Die beiden letzteren schließen die Nachforschungen nach der Mutterschaft sowie ihre freiwillige Anerkennung bei Kindern, die im Ehebruch oder in Blutschande gezeugt sind, überhaupt aus (C. C. ital. Art. 180, brasil. ZGB. Art. 358, 364).

Dieses System der Feststellung der Mutterschaft dürfte in Deutschland gegen die guten Sitten verstoßen und diese Normen daher vor einem deutschen Forum gem. Art. 30 EG. keinesfalls zur Geltung kommen. Sollte also ausnahmsweise die Person, die als Mutter in Anspruch genommen werden soll, ihre Eigenschaft als Mutter bestreiten, so könnte in jedem Fall im Zivilprozeßverfahren nach den Regeln der deutschen lex fori auf Feststellung der Mutterschaft geklagt werden, soweit ein deutsches Gericht zuständig ist.

3) Es liegt in der Natur der Sache, daß alle Rechtsordordnungen bei der unehelichen Kindschaft von dem Satz, pater incertus, ausgehen. Die vollkommen zweiseitige C. N. des

[37]) Letzteres bestimmt auch die Reichweite der Vermutung der Ehelichkeit, ihre Widerlegungsmöglichkeiten und die Möglichkeit der Anfechtung einer Anerkennungserklärung der Ehelichkeit. Stimmen also die Konzeptionsfristen und entsprechenden Vermutungen im »Ehelichkeitsrecht« und im »Unehelichkeitsrecht« nicht überein, so ist allein ersteres entscheidend; so weicht die deutsche Konseptionsfrist BGB. § 1592,1717 ab von den übereinstimmenden Fristen des ABGB. § 138,163; schw. ZGB. Art. 314 und C. C. fr. Art. 312.

Art. 21 EG. beschäftigt sich nur mit den Wirkungen des Grundverhältnisses, nicht mit seiner Feststellung. Doch muß auch für diese Feststellung das Heimatrecht der Mutter [38]) im Zeitpunkt der Geburt des Kindes für maßgebend erachtet werden [39]).

Es ist bestritten, ob die Schranke des deutschen Rechts, die Art. 21 EG. zieht, auch auf die Feststellung des Grundverhältnisses Anwendung findet und welche Bedeutung ihr zukommt.

Man ging bei der Einfügung dieser Bestimmung offenbar von der Ansicht aus, daß die deutschen Normen über das Verhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und seinem Vater schon das Höchstmaß dessen bilden, was man in Deutschland einem unehelichen Kind zubilligen könne. Aus diesem Sinn des einschränkenden Art. 21 ergibt sich das unerfreuliche Ergebnis, daß nicht nur für die Ansprüche aus dem fraglichen Grundverhältnis, sondern auch für die Feststellung desselben das deutsche Recht als Schranke gilt (so auch Niemeyer S. 162; Neumeyer § 26;). An dem umfassenden heutigen Geltungsbereich dieser Schranke ändert auch Art. 121 R.V. nichts, in dem die Wandlung der Anschauungen bisher nur als Programmsatz ohne derogatorische Gesetzeskraft ihren Niederschlag gefunden haben (vergl. Anschütz zu Art. 121 R.V.).

II. Die U.-Pflichten zwischen Vater u. unehelichem Kind.

1) Die U.-Pflichten des unehelichen Vaters gegenüber dem Kind bestimmen sich gemäß Art. 21 EG. nach dem Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes. Die Staatsangehörigkeit des Kindes und des Vaters ist also belanglos. Da nach Auffassung des BGB. »ein Verwandschaftsverhältnis« zwischen dem unehelichen Vater und dem Kind nicht entsteht, sondern alle Beziehungen unerfreuliche, aber unumgängliche Nachwirkungen der Zeugung sind, so gilt hier das Unwandelbarkeits-

[38]) Da das Heimatrecht des »Vaters«, der gesucht wird, insbesondere auch wegen der Möglichkeit, daß mehrere nach ihren Heimatrechtsordnungen als »Vater« festgestellt werden, nicht empfehlenswert ist, käme nur das des Kindes noch in Betracht, das aber wegen des Territorialprinzips mancher Indigenatsrechte allzu zufällig und vorbestimmbar erscheint (vergl. Pillet-Niboyet S. 569,; auch trifft den Heimatstaat der Mutter meist die subsidiäre öffentliche Unterstützungspflicht.

[39]) So auch O. L. G. Frankfurt 17. 12. 25. I. W. 1926 S. 2858, Lewald S. 145, EG. Neumeyer, Niemeyer S. 162. A. M. — für das Heimatrecht des als Vater Belangten — L. G. Frankfurt 20. 4. 28. und L. G. II Berlin 2. 2 29. Aus den Vorentwürfen ist nichts zu entnehmen.

prinzip von vorn herein. Mißbrauch durch raschen Wechsel der Staatsangehörigkeit vor der Geburt von Seiten der Mutter ist kaum zu befürchten. Es ist möglich, daß das aus einer fehlerhaften Ehe hervorgegangene Kind als unehelich gilt, aber nach der gleichen Rechtsordnung bezüglich des Unterhalts gegenüber dem Vater einem ehelichen gleichgestellt wird, wie das im BGB. § 1703 für Kinder bestimmt ist, deren Eltern die Fehlerhaftigkeit der Ehe bei Eheschließung kannten. Kollisionsrechtlich kommt die Bestimmung einer solchen Bevorzugung nicht dem Recht zu, das lediglich über die Frage der Ehelichkeit entscheidet (vergl. § 5,I), sonderm dem Recht, das für den Unterhalt des unehelichen Kindes maßgebend ist, sodaß z. B. BGB. § 1703 zur Anwendung kommt, wenn die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutsche ist.

2) Es muß nun nochmals auf Bedeutung und Ausdehnung des Vorbehalts in Art. 21, 2. Halbsatz eingegangen werden.

a) Zunächst: Dem Wortlaut nach bilden die deutschen Gesetze die Schranke bei dergleichen Ansprüchen, gleichgültig, ob deutsche oder ausländische Väter die Betroffenen sind; in § 25 Abs. 2 der Gebhard'schen Entwürfe waren lediglich die deutschen Väter vor weitergehenden Ansprüchen geschützt, während die beiden Vorentwürfe E. I, § 17 Abs. 2 und E II, § 2257 jedem unehelichen Vater in dieser Hinsicht ihren schützenden Arm versagten. Trotz der offenen Neigung des EG., die deutschen Staatsangehörigen vor nachteiligen Folgen der internationalen Rechtsverschiedenheiten stärker in Schutz zu nehmen, als die Angehörigen anderer Staaten, wird man doch, wenn man nicht geradezu ein Redaktionsversehen annehmen will, die Schranke des geltenden Art. 21 EG. als allgemein zugunsten aller Väter, nicht nur der deutschen, ansehen müssen (A. M. RGK., Vorbem. 2 zu § 1705; Habicht S. 162; Lewald S. 145 f in längeren Ausführungen über die Auslegung der Bestimmung), da das EG. es sonst durchwegs klar zum Ausdruck bringt, wenn eine Schutzbestimmung nur deutschen Staatsangehörigen zugute kommt; abgesehen von den Schutzbestimmungen zugunsten der verlassenen deutschen Frauen und Kinder ist vor allem der ganz gleich gelagerte Fall des Art. 12 EG. heranzuziehen, in dem dieselbe Schranke ausdrücklich nur zugunsten der deutschen Delinquenten gezogen ist (das Ausgeführte gilt auch für das Grundverhältnis I,3).

b) Der rechtliche Charakter der Schranke:

aa) Es ist fraglich, ob die Schranke den Sinn einer limitierenden Kumulation beider Rechte — des Heimatrechts der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes und des deutschen als Höchstmaß — oder den eines Vorbehalts haben soll. Schon der Wortlaut des Art. 21, der von einem »Geltendmachen« weiterer Ansprüche spricht, fällt die Entscheidung zugunsten der Vorbehalteigenschaft der Schranke[40]); sie entspricht aber auch dem Sinn der Bestimmung, die den Vater nur vor gerichtlichem Zwang schützen soll. Dieser Vorbehalt ist kein Sonderfall des Art. 30 EG. — weitergehende Rechte des unehelichen Kindes verstoßen nicht gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes — sondern steht selbständig und unabhängig neben diesem.

bb) Die Wirkung des Vorbehalts ist beschränkter als die des allgemeinen Vorbehalts in Art. 30 EG. (vergl. § 14); das erklärt sich aus dem verschiedenen Zweck der Vorbehalte: Während Normen, die den guten Sitten oder den Grundzwecken der lex fori zuwiderlaufen, zur rechtlichen Ordnung eines Tatbestandes im Bereich der lex fori überhaupt ungeeignet sind und daher bei jeder inländischen Beurteilung als nicht vorhanden angesehen werden, kommt es bei dem vorliegenden Vorbehalt nur darauf an, weitergehenden nicht für nötig befundenen Ansprüchen den intensiven Rechtsschutz der inländischen Gerichte zu versagen. Daher ist nur diese Geltendmachung ausgeschlossen.

Die Verpflichtung besteht als Naturalobligation auch in Deutschland in vollem Umfang, wie sie das ausländische maßgebende Recht gewährt. Zahlt ein unehelicher Vater also nach dem großzügigeren ausländischen Recht, obwohl kein Richter ihn in Deutschland dazu zwingt, so zahlt er auch nach deutschem Rechtsstandpunkt nicht etwa eine Nichtschuld, sondern eine Naturalobligation; eine condictio indebiti kommt daher auch in Deutschland nicht in Frage (vergl. Kahn »Die zeitliche Anwendung . . .«, Bd. 1, S. 448).

Schuldrechtliche Folgen der Nichterfüllung sind, soweit sie den Unterhaltsexzeß betreffen, als Naturalobligationen eben-

[40]) So auch Lewald S. 145 f (dagegen der dort angeführte Beschluß des OLG. München vom 15. X. 27); Kahn »Das zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen C. N.« § 29 qualifiziert die Schranke als eine prozeßrechtliche und läßt sie daher in jedem Falle seit 1. I. 1900 gelten.

falls von einer gerichtlichen Geltendmachung in Deutschland ausgeschlossen.

Was die event. Familien- und erbrechtlichen Folgen der Verletzung der überschießenden U.-Pflicht betrifft, so kann diesen weitergehenden Folgen vor deutschen Gerichten kein Raum gegeben werden, wenn nicht einmal die Pflicht selbst insoweit als vollwertig angesehen wird.

Außerhalb des Gebietes der deutschen lex fori dagegen stellen sich sämtliche Folgen einer Verletzung des zuständigen U.-Rechts mit voller Schärfe ein; jedoch kann der Vorbehalt des EG. unter Umständen das Verschulden bei der Nichterfüllung ausschließen.

cc) Nach Sowjet-Recht sind die unehelichen Kinder den ehelichen in jeder Hinsicht gleichgestellt; hier wird allerdings ein doppelter Vorbehalt wirksam: Betreff der personenrechtlichen Wirkungen, die mit Art. 119 R. V. (der die Ehe als Grundlage des Familienlebens unter bevorzugten Schutz stellt, noch stärker das BGB.) in Widerspruch stehen[41]), gem. Art. 30 EG., und betreff der U.-Rechte Art. 21 EG.; wo und wie weit eine Coupierung bei ersteren einzutreten hat durch den Vorbehalt des Art. 30, dafür fehlt ein sicherer Maßstab[41]a).

War die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Schweizerin, so hätte das vom Vater anerkannte Kind gem. Art. 325 Schweizer ZGB. denselben U.-Anspruch wie ein eheliches; durch das Eingreifen des Vorbehalts ist der Unterhalt, den es in Deutschland geltend machen kann, auf das Maß des § 1708 f BGB, beschränkt.

In vielen Rechtsordnungen ist die Lebensstellung des Vaters für das Maß des Unterhalts mit entscheidend, so Österreich (Weitpert), Griechenland Art. 18,1 usw. Hier kann ein über die Lebensstellung der Mutter hinausgehender U.-Anspruch nicht geltend gemacht werden (Art. 21 EG. mit § 1708 BGB.).

Nach vielen Rechtsordnungen hat das uneheliche Kind

[41]) Wären die personenrechtlichen Wirkungen der Anerkennung nicht durch Art. 30 EG. mit Art. 117 R V. beschränkt, so wäre die Anerkennung nach einigen Rechtsordnungen geeignet, ein analoges Grundverhältnis zur Ehelichkeit herzustellen und das U.-Recht müßte sich dann dem anerkennenden Elternteil gegenüber nach Art. 19 EG. bestimmen.

[41]a) Auf Grund der Rechtsvergleichung kann man wohl sagen, daß die elterliche Gewalt dem Vater fast durchgängig nur gegenüber dem ehelichen Kind zusteht.

über sein sechzehntes Lebensjahr hinaus ein U.-Recht gegen den Vater, so Griechenland Art. 18, 2 Ges. v. 1926, Schw. ZGB. Art. 319 Abs. 2, Niederlande vergl. Weitpert, unter Umständen Österreich, Rußland usw; in Deutschland kann es jedoch nach Art. 21 EG. mit § 1708 BGB. über das sechzehnte Lebensjahr hinaus grundsätzlich nicht geltend gemacht werden.

c) Auch die personenrechtlichen Beziehungen zwischen unehelichem Kind und Vater müssen sich nach demselben Recht richten (Art. 21), da nach den Rechtsordnungen, die solche persönliche Beziehungen kennen — Schw. ZGB. Art. 309, 323, 325; C. C. fr. Art 766 f; Griechenland Art. 15–17 des Ges. betreff die Rechtsstellung der unehelichen Kinder von 1927; Brasil. ZGB. Art. 360, 397 usw. — sich daraus erst der U.-Anspruch oder dessen Ausmaß bestimmt. Die Meinung, daß sich die U.-Pflichten nach dem Heimatrecht der Mutter richten könnten, während die event. personenrechtlichen Wirkungen der Feststellung des Vaters sich nach dessen Heimatrecht richten müssen — so Lewald S. 145, LG. Berlin 22. I. 24, Panamerikanischer Entwurf Art. 57, 56, — führt daher zu recht unbefriedigenden Ergebnissen. Oft würden U.-Forderung und jene Wirkungen miteinander in peinlichem Mißverhältnis stehen; die ganze Künstelei einer Scheidung würde hervortreten, wenn; das U.-Recht, die U.-Forderung von jenen Wirkungen abhängig macht (häufig!) und das angeblich hiefür zuständige Recht solche Wirkungen nicht kennt; in solchen Fällen müßte die U.-Forderung erst mit Hilfe des Art. 30 EG. eingeschoben werden! Die verschiedene kollisionsrechtliche Behandlung der beiden Fragen ist also abzulehnen; die von ihren Vertretern geltend gemachte Billigkeitserwägung der Vater solle nicht personenrechtlichen Wirkungen ausgesetzt sein, die seinem Heimatrecht unbekannt sind, kann den Ausführungen gegenüber nicht durchschlagen. Das einheitliche Recht, dem die personenrechtlichen Wirkungen der Anerkennung und das Unterhaltsrecht unterstellt werden müssen, kann nach geltendem deutschen I. P. R. nur das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes sein, dem bereits das U.-Recht unterstellt ist[42]).

Aus diesem engen Zusammenhang zwischen U.-Recht und event. personenrechtlichen Wirkungen der Feststellung der Vater-

[42]) Ein ipso-iure-Erwerb der Staatsangehörigkeit des Anerkennenden durch das anerkannte Kind muß sich nach dem Indigenatsrecht des Anerkennenden richten.

schaft ergibt sich aber auch, daß die letzteren, obwohl dem deutschen Recht unbekannt, nicht unter die Schranke des Art. 21 E. G. fallen können; denn die U.-Ansprüche, die dem deutschen Gesetz am meisten am Herzen liegen, stehen und fallen nach vielen Rechtsordnungen mit den personenrechtlichen Wirkungen der Feststellung der Vaterschaft, die in diesen Fällen ihre Grundlage bilden; da es eine unmögliche juristische Konstruktion wäre, diese Entstehung der Grundlage der U.-Ansprüche mit einer Vorbehaltsklausel auszuschließen und ihre Wirkungen, die U.-Ansprüche gelten zu lassen, bliebe nichts übrig, als die Grundlage mit ihren Wirkungen zusammen durch den Vorbehalt auszuschließen und deutsches U.-Recht an die Stelle zu setzen; dadurch aber würde der Art. 21 EG. in seiner I. P.-rechtlichen Regelung der Frage in Anbetracht der vielen Rechtsordnungen, die von personenrechtlichen Wirkungen der Feststellung der Vaterschaft auch bezüglich der U.-Pflichten ausgehen, einigermaßen überflüssig! Es ist aber auch mit dem Wortlaut des Art. 21 durchaus vereinbar, diese Wirkungen nicht unter den Vorbehalt fallen zu lassen; denn dieser spricht von »Ansprüchen«, während jene meist in absoluten Rechten (Name!), Erbrecht und Vertretungsbefugnissen bestehen; soweit ein Anspruch auf Sorge für die Person und Erziehung hinzukommmt, ist er jedenfalls nicht vermögensrechtlich, während dem Art. 21 offenbar nur am Herzen liegt, vermögensrechtliche Ansprüche zu begrenzen. Ein Anspruch besteht höchstens zuvor auf die Feststellung als solche in Form der Anerkennung.

3) Die U.-Forderung gegen den Vater steht nach manchen Rechtsordnungen auch der Mutter zu, so z. B. nach englischem Recht (Weitpert); das nach Art. 21 EG. maßgebende Recht entscheidet analog darüber, wem die U.-Forderung zusteht.

4) Nach englischem Recht hat der Ehemann der unehelichen Mutter deren vor Eheschließung geborenes uneheliches Kind zu unterhalten, ohne dessen Vater zu sein (Bicknell 1928, S. 33 f; früher hatte nur der sich in loco parentis benehmende Ehemann diese Verpflichtung). Da diese Verpflichtung mit der unehelichen Vaterschaft nichts zu tun hat, tritt sie auch nicht etwa gemäß Art. 21 ein, wenn die Mutter Engländerin ist; sie fällt aber auch nicht unter die C. N., die für das Verhältnis zwischen Eltern und ihren ehelichen Kindern gilt, da im übrigen kein der Ehelichkeit gleiches Verhältnis zwischen dem Ehemann und

dem unehelichen Kind seiner Frau begründet wird. Der Eingliederung unter Art. 14 EG. steht an sich im Wege, daß es sich nicht um eine Verpflichtung gegenüber der Ehefrau handelt; trotzdem wird diese C. N. am ehesten in Frage kommen, da es sich immerhin um eine nicht güterrechtliche Rechtspflicht handelt, die unmittelbar aus der Eheschließung hervorgeht, ohne eheliche Kinder zu betreffen; sie wird also bestehen, solange der Ehemann Engländer ist und seinen Wohnsitz nicht in Deutschland hat.

Nach englischem Recht kann der uneheliche Vater, gegen den eine affiliation order ergangen ist, solange nicht auf Unterhalt belangt werden, als das Kind von dem Ehemann seiner Mutter unterhalten wird (Bicknell S. 74 f). I. P.-rechtlich bestimmt sich die U.-Pflicht des unehelichen Vaters natürlich ganz unabhängig nach Art. 21; eine etwaige U.-Pflicht des unehelichen Vaters wird nur dann sistiert, wenn die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Engländerin war und ihr Ehemann Engländer ist, ohne deutschen Wohnsitz.

5) Das Recht des Art. 21 bestimmt auch (Niemeyer S. 162), ob anstatt der U.-Rente eine einmalige Abfindung Platz greifen kann, wie das vielfach im Interesse des Kindes bestimmt ist (BGB. § 1714, Schweden nach Weitpert usw.) desgleichen über die dabei zu beachtenden erschwerenden Erfordernisse (Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes, Kinderpflegeausschusses oder ähnliches); zustimmungsberechtigte Behörden sind dabei durch entsprechende des Inlands zu ersetzen.

6) Die vorübergehenden U.-Forderungen der Mutter gegen den unehelichen Vater (vergl. z. B. BGB. § 1715) richten sich ebenfalls gem. Art. 21 nach ihrem Heimatrecht zur Zeit der Geburt des Kindes; auch hier gilt die Schranke der deutschen Gesetze. Ist also z. B. die maßgebende Staatsangehörigkeit der Mutter die griechische, so hätte sie an sich gem. Art. 20 des Gesetzes betreff die Stellung der unehelichen Kinder von 1926 gegen den anerkennenden unehelichen Vater und dessen Erben einen U.-Anspruch auf die Dauer eines Jahres nach der Geburt des Kindes; diesen kann sie jedoch auf Grund des Art. 21 mit § 1715 BGB. in Deutschland grundsätzlich nur auf die Dauer von sechs Wochen nach der Geburt geltend machen; nur wenn etwa infolge der Schwangerschaft oder Entbindung teilweise oder gänzliche Erwerbsunfähigkeit der Mutter eintritt und dadurch weitere Aufwendungen für ihren Unterhalt notwendig

werden, besteht ein zeitlich nicht begrenzter Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen (RGK. § 1715 Anm. 3; der Unterhalt ist kein »gesetzlicher«, aber »Unterhalt« in unserem Sinn)[43]).

7) In vielen Rechtsordnungen ist die zweckmäßige Bestimmung getroffen, daß schon vor der Geburt des Kindes der uneheliche Vater den U.-Betrag für die ersten Monate für das Kind und den für die Mutter zu zahlen bezw. dafür Sicherheit zu leisten hat (BGB. § 1716, etwas eingeschränkter Schw. ZGB. Art. 321 usw.). Den entsprechenden gerichtlichen Rechtsbehelf bezeichnet § 1716 BGB. ausdrücklich als »einstweilige Verfügung«, er unterliegt der lex fori; eine Schweizerin kann also die Maßnahmen des § 1716 BGB. vor einem deutschen Gericht beantragen, ohne daß sie in Not zu sein braucht, wie das der entsprechende Art. 321 ZGB. erfordert; daß sich der Unterhalt nach schweizer Recht richtet – das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs, das die Vermutung seines Fortbestehens hat – ist für die Voraussetzung des Erlasses dieser Verfügung also belanglos und nur im Ausmaß der durch die Verfügung auferlegten U.-Pflicht event. zu berücksichtigen (so auch ausführlich Niemeyer S. 162,163).

8) In Rechtsordnungen, in denen das uneheliche Kind zum Vater ein näheres Verhältnis gewinnt, ist vielfach auch eine U.-Pflicht des Kindes gegenüber dem unehelichen Vater bestimmt (so Frankrech, Dalloz, Rép. prat. Bd. 1 Aliments, Bem. 12). Diese Verpflichtung ist eng verknüpft mit dem ganzen Rechtsverhältnis zwischen Vater und unehelichen Kind und muß daher demselben Recht unterstellt werden wie die übrigen Auswirkungen dieses Rechtsverhältnisses, also dem Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes.

9) Das uneheliche Kind, das bei Lebzeiten des Vaters von ihm Unterhalt fordern konnte, soll auch nach dem Tode des Vaters nach Anschauung der meisten Rechtsordnungen diesen Rückhalt nicht verlieren. Rechtsordnungen, die an die Feststellung

[43]) Bei den Deflorationsansprüchen der Braut bei Auflösung des Verlöbnisses sind u. a. auch die gesunkenen Versorgungs- und U.-Aussichten der Braut durch Eingehung einer neuen Ehe zu berücksichtigen; sie richten sich nach Verlöbnisrecht (betreff der Wirkungen des Verlöbnisses wohl das Heimatrecht des Bräutigams zur Zeit der Eingehung des Verlöbnisses) nicht nach dem Deliktsrecht, da der Anspruch im deutschen Recht nicht als deliktischer bewertet wird (vergl. RGK. § 1300, Anm. 4).

Für Ansprüche aus deliktischer Beiwohnung gilt Art. 12 EG.

der Vaterschaft personenrechtliche Wirkungen knüpfen, geben dem unehelichen Kind vielfach ein mehr oder weniger weites Erbrecht (Schw. Art. 461); andere, wie das deutsche Recht (BGB. § 1712), lassen den U.-Anspruch gegen den Erben fortbestehen und geben event. dem Erben (§ 1712 BGB.) oder dem Kind die Möglichkeit, die Auszahlung eines bestimmten Anteils aus der Erbmasse an die Stelle der Rente zu setzen oder diese entsprechend zu beschränken.

Wie in § 4,IV, ist auch die Ordnung dieser Fragen stets eng verknüpt mit der Erbordnung; es wäre unmöglich, diese Frage abzutrennen und nach der Rechtsordnung des Art. 21 EG. zu entscheiden, während die ganze übrige Erbordnung sich gem. Art. 24,25 EG, grundsätzlich nach dem letzten Heimatrecht des Verstorbenen richtet.

Das uneheliche Kind einer Schweizerin, dessen Vater zuletzt vor seinem Tode Deutscher war und der es mit Standesfolge anerkannt hatte, würde nach schweizer Recht keinen Anspruch auf eine U.-Rente nach dem Tode des Vaters haben (das schweizer Recht würde ihm ein Erbrecht geben), nach dem deutschen maßgebenden Erbrecht aber kein Erbrecht (das deutsche Recht würde ihm einen Anspruch auf eine U.-Rente geben)!

Maßgebend für die Regelung dieser Fragen muß daher das nach Art. 24,25 EG. für die Erbfolge einschlägige Recht sein[44]). Die Schranke des Art. 21 EG. kommt hier, wo es sich gar nicht mehr um Ansprüche gegen den Vater handelt, nicht in Frage, sondern Art. 24,25 EG. sind allein maßgebend. Wenn das letzte Heimatrecht des Vaters und das Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes verschieden sind, bedeutet das für die Rechte des Kindes gegenüber dem Nachlaß des verstorbenen Vaters den Übergang von einer Rechtsordnung zu einer anderen[45]). Wo etwa für die Rente nach dem Tode

[44]) A. M. Niemeyer, S. 162,164, der nur die etwaigen »erbrechtlichen« Ansprüche des Kindes dem Art. 24,25 EG. unterwirft, während sich die U.-Ansprüche gegen die Erben nach wie vor nach dem Recht des Art. 21 richten sollen. Diese Lösung, die den Zusammenhang zwischen beiden nicht berücksichtigt, führt sich ad absurdum, sobald die Rechtsordnung, nach der sich die Erbordnung vollzieht, dem Kind nur eine U.-Rente weiter zusprechen würde, während das Recht, das für die Fortdauer der U.-Rente entscheiden soll, dem Kind ein Erbrecht zusprechen würde!

[45]) Ein solcher Übergang kommt auch sonst im I. P. R. vor, z. B. ist für das U.-Recht zwischen Mutter und ehelichem Kind grundsätzlich das Heimatrecht

des Vaters die Rente zu dessen Lebzeiten als Maßstab in Betracht kommt, kommt nur die Rente nach dem Recht, das vor dem Tod bestimmend war, in Frage, mit der analogen Einschränkung wie in § 4, I,3.

III. Mutter und uneheliches Kind.

1) Für das beiderseitige U.Recht zwischen der Mutter und ihrem unehelichen Kinde ist gemäß dem zur vollkommen zweiseitigen C. N. zu erweiternden Art. 20 Satz 1 EG. (vergl. RG. 76,284; Emeccerus, Familienrecht S. 419; Lewald S. 141; Niemeyer S. 106) das jeweilige Heimatrecht der Mutter grundsätzlich maßgebend. Die Mutter ist auch nach deutscher Rechtsanschauung dem Kind »verwandt«, sodaß zwischen beiden ein Rechtsverhältnis besteht, das in jedem Zeitpunkt von neuem Rechte und Pflichten erzeugt und also in seinen Auswirkungen der Wandelbarkeit unterliegt (vergl. diesbezüglich § 4, I,2,b).

Die Staatsangehörigkeit des Kindes ist grundsätzlich auch hier belanglos; die Mutter kann also durch Wechsel ihrer Staatsangehörigkeit das Rechtsverhältnis beeinflussen; die Gefahr der Arglist ist wohl nicht sehr groß, eine perpetuatio legis aus diesem Gesichtspunkt wohl überflüssig. Immerhin hielt das EG. Art. 20, Satz 2 einen Exclusivsatz zum Schutze verlassener deutscher unehelicher Kinder für angebracht; deren U.-Rechte richten sich demgemäß weiter nach dem deutschen Recht, wenn die Mutter die deutsche Staatsangehörigkeit verloren, das Kind sie aber behalten hat [46]).

Ein Vorbehalt wie in Art. 21 besteht hier nicht.

2) Das unwandelbare »Vaterrecht« und das wandelbare »Mutterrecht« können verschieden sein. Das kann bezgl. der U.-Pflichten zu einem positiven oder negativen Widerstreit des Ranges der Verpflichtungen führen; ist z. B. die Mutter augenblicklich Deutsche, war sie aber zur Zeit der Geburt des Kindes Engländerin mit Wohnsitz außerhalb Deutschlands, so ist der Vater nach englischem Recht erst an zweiter Stelle, nach der Mutter, unterhaltspflichtig (Bicknell S. 74 f), gleichzeitig aber

---

des ehelichen Vaters entscheidend, während sich das Erbrecht des Kindes gegenüber der Mutter nach deren letztem Heimatrecht richtet.

[46]) Der tschechische Entwurf § 35 bestimmt, das zwischen Mutter und unehelichem Kinde event. das letzte gemeinsame Heimatrecht maßgebend sein soll; ebenso Polen Art. 20.

ist nach deutschem Recht die Mutter ebenfalls erst an zweiter Stelle unterhaltspflichtig (BGB. § 1709 Abs. 1); war die Mutter erst Deutsche und ist sie nun Engländerin, so tritt umgekehrt ein positiver Rangstreit ein.

Diese Rangfragen sind in derselben Art, wie beim Verwandtenunterhalt, zu behandeln, siehe § 8.

Ein noch unangenehmerer positiver oder negativer Rechte- und Pflichtenstreit kann übrigens auf dem Gebiet der elterlichen Gewalt, der Sorge für die Person des Kindes und seiner Vertretung bei Verschiedenheit der fraglichen Rechtsordnungen entstehen; hier zeigt sich deutlich, daß die uneheliche »Familie« in dem Kind einen dauernden rechtlichen Mittelpunkt hat, in dem alle rechtlichen Fäden zusammenlaufen und der die gleiche Ordnung unter einem einheitlichen Rechtssystem als wünschenswert erscheinen läßt; in Frage käme als solche wohl nur das unwandelbare Heimatrecht der Mutter (oder des Vaters) zur Zeit der Geburt des Kindes, da ein wandelbares Recht bei der mangelnden Rechtsgemeinschaft zwischen den Eltern dem Elternteil, dessen Heimatrecht als Anknüpfungspunkt ausscheidet, nicht zugemutet werden kann.

IV. Für das Unterhaltsrecht zwischen dem unehelichen Kind und den Verwandten der Eltern und letzteren und den Verwandten des Kindes gilt Art. 20 und Art. 21 nicht (für analoge Anwendung Emeccerus, Familienrecht S. 419). Es besteht kein Grund, diese Ansprüche anders als den übrigen Verwandtenunterhalt zu behandeln, siehe § 8.

§ 8. Die Unterhaltspflichten zwischen Verwandten zweiten oder entfernteren Grades, Verschwägerten; die Ausgleichspflichten.

I. Die Unterhaltsansprüche.

1) Die Beziehungen zwischen Verwandten zweiten und entfernteren Grades sind im EG. nicht behandelt. Zweifellos hat aber das EG., wie seine sämtlichen Vorentwürfe, für das gesamte Familien- und Erbrecht grundsätzlich das Personalstatut der Staatsangehörigkeit für maßgebend erklärt, in Übereinstimmung mit der hier fast ganz einheitlichen continentalen I.. P R.-Wissenschaft. Sie ist daher jedenfalls auch dem hier fraglichen Verwandtenunterhalt analog zugrunde zu legen. Es könnte also nur zweifelhaft sein, ob derjenige, dessen Anspruch, oder derjenige, dessen U.-Pflicht in Frage kommt, mit seinem Heimat-

recht ausschlaggebend ist oder etwa beide in limitierender Kumulation.

Letzteren Standpunkt vertritt das RG. (RGK. Vorbem. 3 zu § 1601; OLG. Stuttgart v. 20. VI. 1911). Die Gebhard'schen Entwürfe enthalten keine einschlägige Bestimmung; E. I § 18 und E. II § 2258 gehen, wie RG, davon aus, daß maßgebend das Heimatrecht desjenigen sein soll, dessen Verpflichtung in Frage kommt, daß aber das Heimatrecht des »Berechtigten« in limitierender Kumulation die Höchstgrenze seiner Ansprüche bilde.

Obwohl es sich hier nur um einseitige unabhängige U.-Pflichten handelt und nicht um ineinander verflochtene verwickelte Rechtsbeziehungen, begegnet doch eine limitierende Kumulation der U.-Rechte noch erheblichen Schwierigkeiten (Kumulation bez. des Grundverhältnisses, bez. Form, Art und Rang der U.-Leistungspflicht usw.)[47]). RGK. will diesen begegnen, indem er »für nähere Ausgestaltung der U.-Rechte das Heimatrecht des Verpflichteten als wohl entscheidend« bezeichnet; abgesehen von der Unklarheit, ob unter dieser »näheren Ausgestaltung« auch das Maß, oder nur Rang, Art und Form der U.-Leistung verstanden ist, ist diese Lösung nur ein Eingeständnis der Undurchführbarkeit des aufgestellten Grundsatzes der limitierenden Kumulation. Die Lösung erreicht aber auch ihr Ziel, nämlich in Berechtigung und Verpflichtung möglichst für jeden Teil sein eigenes Heimatrecht gelten zu lassen, nur für den Verpflichteten; für den Berechtigten dagegen nur zu seinen Ungunsten; er kann nicht mehr bekommen, als ihm sein Heimatrecht gibt, wohl aber weniger; ein geringer Vorteil zugunsten einer kleinlichen »Gerechtigkeitsidee«, die dem EG. vollständig fremd ist. Es kennt eine Kumulation, von Art. 13 und 28 abgesehen, nur im Dienste deutscher Interessen (vergl. Art. 7, Abs. 3, 12, 17, 21, 24, 25, 30 EG., wovon nur Art. 24 und 25 eine echte Kumulation darstellen, während das andere Vorbehalte sind). Nirgends ist der Grundsatz ersichtlich, das Heimatrecht des Berechtigten als Höchstmaß seiner Berechtigung gelten zu lassen; vielmehr können diesem nach Art. 12, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 30, alle möglichen Rechte zustehen, die ihm sein eigenes Heimatrecht nicht gewährt! So hat z. B. ein Deutscher, dessen schweizer Bruder gestorben ist, gem. Art. 25 EG. / Art. 471 Schw. ZBG.

[47]) Für diese Lösung hat sich Österreich, vergl. Ehrenzweig Bd. I,1 S. 107, entschieden.

ein Pflichtteilsrecht, das ihm nach deutschen Erbrecht nicht zustehen würde und das auch dem Schweizer beim Tode des Deutschen nicht zusteht. Der Pflichtteil der überlebenden Gattin und Nachkommen des Schweizers ist trotz ihrer event. deutschen Staatsangehörigkeit ebenfalls größer, als er ihnen etwa nach deutschem materiellen Recht zustehen würde.

Die limitierende Kumulation kann also nicht als geltendes Recht angesehen werden.

Gewiß ist die schon beim Pflichtteilsrecht oben beleuchtete mangelnde »Gegenseitigkeit« unbefriedigend; sie tritt bei der einseitigen Anknüpfung auch beim Verwandtenunterhalt in Erscheinung; ist z. B. von zwei Brüdern der eine deutscher, der andere schweizer Staatsangehöriger, so steht bei der einseitigen Anknüpfung dem einen Teil ein U.-Anspruch event. zu, dem anderen keinesfalls. Trotzdem ist die einseitige Anknüpfung der Kumulation, die auch nur eine negative »Gegenseitigkeit« bewirkt und mit erheblichen Unklarheiten erkauft wäre, auch de lege ferenda vorzuziehen.

Da der Schwerpunkt eines Rechtsverhältnisses im allgemeinen beim Schuldner ist und man lieber einer Person ein Recht zusprechen wird, das ihr nach dem eigenen Heimatrecht nicht zukommt, als jemanden eine Verpflichtung auferlegen wird, die ihm nach seinem Heimatrecht nicht trifft, scheidet das Heimatrech des »Berechtigten« als Anknüpfung aus; demnach hat sich das U.-Recht hier nach dem Heimatrecht desjenigen zu richten, dessen Verpflichtung in Frage kommt.[48]).

2) Das Verwandtenverhältnis, ist ein auf das Band des Blutes begründetes Familienverhältnis, erzeugt daher, wie das persönliche Verhältnis zu den Ehegatten oder zwischen ihnen und ihren ehelichen Kindern, immer von neuem Rechte und Pflichten und muß somit analog der Wandelbarkeit unterliegen, d. h. dem jeweiligen Heimatrecht desjenigen unterstehen, dessen

[48]) So Niemeyer schon in »Vorschläge usw.« S. 199 f; ebenso Lewald S. 136, und die dort zitierten Autoren. Ebenso Rép. d. dr. i. Bd. 1, Aliments § 3, Schw. Ziv. Verh. Ges. Art. 9,59 (o.p. vorbehalten); grundsätzlich auch China Ges. über Anwendung ausländischer Gesetze v. 1918 Art. 16, Japan Art. 21; auch England knüpft an das Personalstatut (Wohnsitz) desjenigen an, gegen den ein Anspruch geltend gemacht wird, vergl. Dicey S. 525. Die sonst ausführlichen I.P.R.-Bestimmungen des Tschechischen Entwurfs und Polens enthalten keine einschlägige Bestimmung. Viele Rechtsordnungen wenden wegen des o.p. im U.-Recht grundsätzlich lex fori an, vergl. § 14.

Verpflichtung in Frage kommt (vergl. bezw. die Wandelbarkeit § 4,I,2,b)[49]).

Ein Mißbrauch dieser Wandelbarkeit dürfte kaum häufig, aber auch mit Kollisionsnormen nicht anders zu bekämpfen sein, als daß man etwa von dem Augenblick an, in dem eine Verpflichtung unter dem Heimatrecht des Verpflichteten eintritt, bei diesem eine perpetuatio legis für das Verhältnis zwischen Verpflichtetem und Berechtigtem eintreten ließe, da eine gemeinsame Staatsangehörigkeit als ständige Anknüpfung ausscheidet.

3) Irgend ein Exclusivsatz zum Schutze Deutscher kommt hier nicht in Frage, da ein solcher trotz der ausgedehnten, fast zur Regel geworden, Verwendung im EG. eine Sondervorschrift bleibt und als solche nicht ohne weiteres zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke herangezogen werden kann, die nach allgemeinen Grundsätzen zu geschehen hat.

4) In allen Rechtsordnungen spielt der Rang einer Berechtigung oder Verpflichtung zum Unterhalt unter meheren in Betracht kommenden Personen eine Rolle, ohne daß diese Frage etwa gleichmäßig gelöst wäre.

a) Daraus können sich bei einem verschiedenen Heimatrecht derjenigen Verwandten, deren Verpflichtung in Frage kommt, »positive oder negative Rangstreitigkeiten« entwickeln[50]). Nur zwischen denjenigen zu einer Gruppe zusammengefaßten Personen, deren gegenseitige Rechtsverhältnisse einem einheitlichen Recht unterstellt sind (Ehegatten Art. 14; Eltern — eheliche Kinder Art. 19; Adoptiveltern, Adoptivkinder — Art. 22), können solche Rangkollisionen nicht auftreten, da sich hier der Rang der Berechtigung und Verpflichtung nach diesem einen Recht für alle einheitlich richtet. Zwischen Personen dagegen, die verschiedenen Gruppen angehören (außer dem unter § 6,II,2,b erörterten Fall, wo das »Adoptionsrecht« gegenüber dem »Elternrecht« den Ausschlag gibt), und solchen Gruppen und den übrigen Verwandten oder letzteren untereinander kann diese Kollision auftauchen.

[49]) Anders z.B. Dalloz. Rép. prat. Bd. 1, Aliments Bem. 152, Rép. d. dr. i. Bd. 1, Aliments, Bem. 24, wonach die U.-Pflicht in demselben Augenblick ein für allemal entsteht, wie das Grundverhältnis, auf das sie sich gründet, und von da ab unwandelbar ist.

[50]) Ein entsprechender Konflikt würde natürlich entstehen, wenn man das Heimatrecht des Berechtigten zur Anknüpfung wählen würde; ebenso bei einer limitierenden Kumulation.

b) Die für den Unterhalt maßgebende Rechtsordnung muß unter allen Umständen auch für den Rang der Verpflichtung allein maßgebend bleiben; bei Rangkollisionen ist die Rangfrage nicht etwa einem anderen Recht zu unterstellen (etwa bei Rangkonflikten der Verpflichtung dem Recht des Berechtigten, bei solchen der Berechtigung dem Recht des Verpflichteten); insbesondere kommt auch nicht die lex fori, das deutsche Recht, für eine einheitliche Regelung des Ranges in Frage[51]). Denn durch den Anknüpfungspunkt des Heimatrechts der Verwandten, dessen Verpflichtung in Frage kommt, ist das maßgebende Recht für die gesamte U.-Frage bereits eindeutig bestimmt; nach diesem Recht kann und muß sich die U.-Verpflichtung in allen Fragen richten.

Das wäre anders, wenn etwa das »Heimatrecht des Vorverpflichteten« zur Anknüpfung dienen würde; in diesem Falle allerdings könnte das materielle Recht selbst erst den Anküpfungspunkt für das anzuwendende materielle Recht liefern, es wäre ein Circulus vitiosus, wie Franz Kahn sie in den »Gesetzeskollisionen« behandelt hat; aus diesem Circulus vitiosus wäre nur herauszufinden, indem man »den Knoten durchhaut« und für die Anknüpfung erforderliche Lösung der Rangfrage deutsches materielles Recht anwendet. Diese Notanknüpfung ist jedoch nach Möglichkeit zu vermeiden und, wie dargelegt, in Anbetracht einer eindeutigen Anknüpfung hier nicht gerechtfertigt.

c) Hat ein bedürftiger deutscher Staatsangehöriger einen ehelichen Sohn und einen ehelichen Vater, der Schweizer ist, so ist nach deutschem und schweizer Recht die Rangfrage gleich entschieden: zunächst ist der Sohn verpflichtet. Wäre der Vater des Bedürftigen Franzose, so würde nach herrschender französischer Theorie auch keine Kollision eintreten können, da die U.-Pflichten im französischen Recht gleichen Rang haben (vergl. Dalloz, Rép. prat. Bd. 1, Aliments Bem. 36,37,108,112).

Ist der Vater aber brasilianischer Staatsangehöriger, so ist er gem. Art. 398 bras. ZGB. der zunächst Verpflichtete, der Sohn des Bedürftigen dagegen nach BGB. § 1606 Abs 1 ebenfalls der zunächst Verpfichtete, ein Fall »positiven Rangstreits«.

---

[51]) Nach Art. 67 der I.P.R.-Codifikation der Panamerikanischen Union (1928) findet auf die Frage, in welcher Reihenfolge der Unterhalt verlangt werden kann, das Personalstatut des U.-Berechtigten Anwendung, das auch sonst maßgebend ist, soweit nicht lex fori wegen o.p. nach Art. 68 eingreift.

Hier kann keiner der beiden Belangten sich etwa auf die Vorverpflichtung des anderen berufen, da jeder nach dem für ihn maßgebenden Recht der Vorverpflichtete ist und das eine Recht auf das andere ohne Einfluß bleibt. Auch kann keiner der beiden mit dem Hinweis auf den Anspruch, den der Bedürftige gegen den anderen hat, etwa behaupten, eine Bedürftigkeit sei nicht vorhanden. Zwar hebt grundsätzlich ein realisierbarer Anspruch die Bedürftigkeit auf; das kann jedoch nicht der Fall sein, wenn dieser Anspruch ein gleichartiger U.-Anspruch ist; die herrschende französische Theorie, die alle U.-Pflichten als gleichrangig betrachtet, hat das richtig erkannt und ihre Konstruktion nicht etwa aus diesem Gesichtspunkt aufgegeben. Wenn jeder diesen Einwand erheben und zurückweichen könnte, sobald man ihn fassen will, wäre der »Berechtigte«, der zwei »Vorverpflichtete« an Hand hat, wie Tantalus, doppelt bedauernswert und bedürftig; der Einwand würde zu einem Circulus vitiosus führen und sich selbst aufheben.

Man muß also bei der Lösung bleiben, die dem Sinn jeder Rechtsordnung entspricht: Beide bleiben vorverpflichtet; der Bedürftige kann sich wahlweise an einen der beiden wenden, seinen Unterhalt aber auch bald von dem einen, bald von dem anderen verlangen; selbstverständlich hat er auch die Möglichkeit, seine Ansprüche auf beide zu verteilen. Ist in beiden fraglichen Rechtsordnungen etwa für den Fall, daß mehrere Verpflichtete in gleichen Rang vorhanden sind, der gleiche Verteilungsmodus vorgesehen (etwa nach Leistungsfähigkeit), so könnte dieser analog angewendet werden.

Ist im obigen Beispiel der Vater Deutscher, der Bedürftige Brasilianer, so entsteht, wenn er seinen Vater und seinen Sohn in Anspruch nehmen will, ein »negativer Rangstreit«: Nach brasilianischem Recht sind die Descendenten nach den Ascendenten, nach deutschem Recht die Ascendenten nach den Descendenten zum Unterhalt verpflichtet; jeder ist nach der für ihn maßgebenden Rechtsordnung der »Nachverpflichtete«. Jede der beiden Rechtsordnungen geht allerdings davon aus, daß ein »Vorverpflichteter« vorhanden ist; das ist jedoch hier nicht der Fall; infolgedessen kann keiner der beiden sich auf die Vorleistungspflicht eines anderen berufen; in jeder Rechtsordnung wird der Nachverpflichtete zur Leistung herangezogen, wenn von dem Vorverpflichteten nichts zu holen ist (vergl. BGB.

§ 1607); auf grund eines Schlusses a minore ad maius, mit logischer Notwendigkeit, muß der »Nachverpflichtete« dann herangezogen werden, wenn ein »Vorverpflichteter« rechtlich gar nicht vorhanden ist. Die beiden Nachverpflichteten rücken also an erste Stelle, werden Erstverpflichtete; die weitere Lösung ist analog der des »positiven Rangstreits«.

II. Entgegen der Systematik kann die Frage des Grundverhältnisses erst hier behandelt werden, da ihre Lösung von der zu I. abhängig ist.

Verwandtschaft ist ein Rechtsverhältnis, das nicht in allen Rechtsordnungen an die gleichen Voraussetzungen im Entstehen und Erlöschen geknüpft ist. Der Grundgedanke der Lösung zu I. ist, niemand zum Unterhalt in Anspruch zu nehmen, der nicht nach seinem eigenen Heimatrecht dazu verpflichtet ist. Da die Rechtsbeziehungen zwischen lebenden Verwandten zweiten und weiteren Grades als solchen sich fast ganz in ev. U.-Ansprüchen erschöpfen, ergibt sich daraus von selbst, daß auch die Frage, ob das Grundverhältnis der Verwandtschaft besteht, ebenfalls nach dem Heimatrecht desjenigen zu beurteilen ist, der in Anspruch genommen werden soll [52]).

Im Bestand unberührt durch den Wechsel des maßgebenden Rechts muß nur ein unmittelbar auf Rechtsgeschäft beruhendes Grundverhältnis, wie die Ehe, bleiben oder bereits ins Leben getretene obligatorische Ansprüche; ebenso wird das Verhältnis der Ehelichkeit oder Unehelichkeit zwischen Eltern und Kindern wegen seiner außerordentlichen Tragweite, auch wegen der besonders engen, jeder Wandelbarkeit widerstrebenden sittlichen Beziehung, für unwandelbar erklärt.

Diese Gründe fallen aber bei den übrigen erst durch einen Tat- oder Rechtsakt Dritter vermittelten positiven oder negativen Grundverhältnissen weg; sie können wandelbar sein. Die der Lösung zu I zugrunde liegende ratio erfordert ihre Wandelbarkeit.

Nach jenem materiellen Recht richtet sich die Frage, was zum Entstehen und Erlöschen dieses Grundverhältnisses erforderlich ist; ist unter diesen Vorbedingungen auch das Bestehen eines Rechtsverhältnisses entscheidend, so richtet sich dieses, z. B.

---

[52]) Ebenso Liechtenstein ZGB Art. 27; Die Verwandtschaft und Schwägerschaft wird nach dem Recht beurteilt, dem das betr. Rechtsverhältnis unterliegt.

die Ehe, nach dem Recht, dem es nach deutschem I. P R. unterstellt ist; es ist somit nicht möglich, daß etwa der Bestand der Ehe von uns verneint wird, während der von ihr abhängige Bestand der Schwägerschaft bejaht wird; das wäre denkbar, wenn die Ehe im Zusammenhang mit der Frage des Bestehens der Schwägerschaft nach dem Heimat I. P. R. der Person, gegen die der Anspruch geltend gemacht wird, beurteilt würde.

III. Uneheliche Verwandtschaft, Schwägerschaft und Adoptionsverwandtschaft.

1. Soweit in der maßgebenden Rechtsordnung die Verwandten des festgestellten unehel. Vaters mit dem unehel. Kind und dessen Verwandte mit dem unehel. Vater »verwandt« sind, gehören auch die hier bestehenden U.-Pflichten in die Gruppe des Verwandtenunterhalts, sodaß das Heimatrecht desjenigen entscheidet, der in Anspruch genommen werden soll.

Da das Verhältnis zwischen unehel. Vater und Kind nach Art. 21 EG. unwandelbar ist, könnte die Frage auftauchen, ob nicht etwa die darauf gegründeten Verwandtschaftsverhältnisse und die ihnen entspringenden U.-Ansprüche unwandelbar sein müssen.

Man könnte zunächst sagen, das Grundverhältnis, wie es zur Zeit der Geburt des Kindes besteht, negativ oder positiv, sei unwandelbar. Abgesehen davon, daß Abkömmlinge des unehelichen Kindes dann nur mit einer recht gekünstelten Fiktion bezüglich ihres Verwandtschaftsverhältnisses zu den väterlichen Aszendenten auf diesen Zeitpunkt »rückdadiert« werden müßten, ist diese Annahme auch sonst nicht gerechtfertigt (sh. II). Daher ist das Grundverhältnis wie zu II. zu beurteilen.

Entsprechend sind auch die aus diesem Grundverhältnis entstehenden Unterhaltspflichten wandelbar; sie richten sich nach dem jeweiligen Heimatrecht des in Anspruch Genommenen.

Nach deutschem Recht gilt weder der Vater noch dessen Verwandte mit dem unehelichen Kinde und dessen Verwandten als »verwandt« (BGB. § 1589 Abs. II). Dem unehel. Kinde steht gegen seinen väterlichen Großvater kein U.-Anspruch zu, wenn dieser Deutscher ist, ebensowenig hat umgekehrt der Großvater einen U.-Anspruch gegen den unehel. deutschen Enkel; erwirbt letzterer die französische Staatsangehörigkeit, so wird er, wenn er das ehel. Kind seines unehelich geborenen Vaters ist,

auch gegenüber dem unehelichen väterlichen Großvater unterhaltspflichtig (Dalloz, Rép. prat. Bdl. Aliments Bem. 14); der uneheliche Sohn dagegen eines ehelich geborenen Vaters ist nach Erwerb der französischen Staatsangehörigkeit dem Großvater gegenüber nicht unterhaltspflichtig (Dalloz, a. a. O. Bem 13). Wird dagegen der deutsche Großvater Schweizer, so wird er damit dem unehelichen Enkel seines ehelichen Sohnes gegenüber nicht ohne weiteres unterhaltspflichtig; denn nach schweizer Recht entsteht eine U.-Pflicht zwischen den Verwandten des Vaters und dem unehelichen Kinde nur, wenn die Vaterschaft durch Anerkennung oder Urteil mit »Standesfolge« festgestellt ist (nur dann überhaupt entstand das Grundverhältnis der außerehelichen Verwandtschaft, ZBG. Art. 325); war also der uneheliche Vater Schweizer und hat das Kind mit Standesfolge anerkannt, so erstreckt sich die Wirkung dieser Anerkennung auch auf den Großvater, sobald dieser Schweizer wird oder die Staatsangehörigkeit einer sonstigen Rechtsordnung erwirbt, deren einschlägige Bestimmungen denen des schweizer Rechts entsprechen; hat dagegen der uneheliche schweizer Vater das Kind nicht mit Standesfolge anerkannt, so bleibt das Verhältnis zwischen Großvater und unehelichem Enkel ein negatives (keine U.-Pflicht, auch wenn der Großvater seine deutsche Staatsangehörigkeit mit der schweizerischen vertauscht).

2. Entsprechendes gilt für das Grundverhältnis der Schwägerschaft und den sich daraus ergebenden U.-Pflichten.

3. Entsprechend wie zu 1 ist auch das Verhältnis zwischen den Verwandten des Adoptanten und dem Adoptierten und dessen Verwandten zum Adoptanten zu behandeln.

Will der Sohn des Adoptierten von dem deutschen Adoptanten Unterhalt fordern, so kann er das ohne weiteres, wenn er nach der Adoption seines Vaters geboren wurde (BGB. § 1762); hat er dagegen damals schon gelebt, so kann er es nur, wenn der Adoptionsvertrag auch mit ihm geschlossen wurde (BGB. § 1762); wird der Adoptant Franzose, so kann der Sohn des Adoptierten nunmehr in jedem Fall, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Geburt, von ihm U. verlangen (Ges. v. 19. VI. 23.).

IV. Die Ausgleichsforderungen.

Es kann sein, daß jemand ohne Rechtsverpflichtung U. geleistet hat; dann steht ihm ev. ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, der sich nach dem Gesetz am Ort der

Bereicherung richtet (Neumeyer § 36). Die Vorfrage, ob eine U.-Leistungspflicht bestand, richtet sich nach dem für die betreffende U.-Pflicht maßgebenden Recht.[53])

War der Leistende dagegen leistungspflichtig, etwa weil der Vorverpflichtete nicht zur U.-Leistung herangezogen werden konnte (BGB. § 1607 Abs. 2), so hat er einer Rechtspflicht genügt, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, etwa gegen den Vorverpflichteten, scheidet aus. Trotzdem geben ihm manche Rechtsordnungen einen Ausgleichsanspruch gegen den Vorverpflichteten, etwa durch Festsetzung einer cessio legis des U.-Anspruchs zu seinen Gunsten (BGB. § 1607 Abs. 1). Es handelt sich dann nicht um einen U.-Anspruch (vergl. RGK. § 1607 Anm. 2, Staudinger, Anm. 6, e), aber immerhin um einen familienrechtlichen Anspruch, der eng verknüpft ist mit den U.-Ansprüchen und keine gesonderte Behandlung verträgt. Will man nicht den Grundsatz, Verwandte und Verschwägerte nur nach ihrem Heimatrecht einer U.-Pflicht zu unterwerfen, auf diesem Umweg zunichte machen, so muß notwendig auch das Ausgleichsrecht sich nach dem Heimatrecht desjenigen richten, gegen den es geltend gemacht werden soll.[54]) Jedenfalls ist das erforderlich in der Vorfrage, ob und in welchem Rang letzterer U.-pflichtig war; es wäre denkbar, aber höchst unpraktisch, über die Frage, ob der Leistende gegen ihn ein Ausgleichsrecht hat, ein anderes Recht (etwa das des Leistenden) entscheiden zu lassen; zweckmäßigerweise müssen beide Fragen dem Heimatrecht des wegen Ausgleichs in Anspruch Genommenen unterstellt werden.[55]) Hat also ein Deutscher seinem Großvater Unterhalt geleistet und macht er nun gegen seinen französischen

---

[53]) Hat ein Deutscher z.B. seine Schwiegermutter unterhalten, so kommt ev. ein Anspruch aus unger. Ber. in Frage. Anders wenn der Schwiegersohn Franzose ist, für ihn besteht eine U.-Pflicht.

[54]) BGB. § 1607 Abs. 2 ist nicht etwa eine Vorschrift des I. P. R., aus der zu schließen wäre, daß sich der Anspruch nach dem Heimatrecht dessen richtet, der geleistet hat. Gemeint ist, daß der Nachverpflichtete herangezogen werden soll, wenn der nach deutschem materiellen Recht Vorverpflichtete infolge einer Erschwerung der prozessualen Verfolgung (ZPO. § 12, 13, 16, 23) nicht gefaßt werden kann.

[55]) Das Verhältnis ist dem der Wechselverpflichteten und ihrer Regreßansprüche vergleichbar; auch hier gilt das (Wohnsitz-) Recht des in Anspruch Genommenen.

Vetter einen Ausgleichsanspruch geltend, so richtet sich dieser nach französischem Recht; nach diesem besteht zwar ebenfalls eine U.-Pflicht des Enkels gegenüber dem Großvater (C. C. fr. Art. 205 Abs. 1), dagegen bestehen Ausgleichsforderungen nach französischem Recht nur, wenn bereits zur Zeit der Leistung der andere auf Grund Vertrags oder Urteils verpflichtet war, einen bestimmten Teil des U. zu tragen (Dalloz, Rép. prat. Bd. 1, Aliments Bem. 126).

Innerhalb der Familiengruppen, in denen Rechte und Pflichten der Gruppenangehörigen einem einzigen Recht unterstellt sind (z. B. Ehegatten, Eltern — eheliche Kinder, Mutter — unehel. Kind), müssen entsprechend auch etwaige Ausgleichsforderungen diesem Recht unterstellt werden (entsprechend L. G. München I vom 5. VI. 1929, VII A 161/29, Blätter für I.P.R. 1930 Nr. 1 S. 21). Hat also von zwei ehelichen Kindern eines deutschen Vaters das eine die Mutter unterhalten, so entscheidet das deutsche Recht über die Ausgleichsforderung an den Bruder ohne Rücksicht auf dessen Staatsangehörigkeit.

Das Recht dieser Gruppen ist entsprechend auch für Ausgleichsforderungen maßgebend, die von Personen, die nicht zu der betreffenden Gruppe gehören, gegen Gruppenangehörige geltend gemacht werden; hat in dem erwähnten Beispiel der Enkel den U. geleistet, so entscheidet über seine Ausgleichsforderungen gegenüber dem Vater und dem Onkel ebenfalls das deutsche Recht (Heimatrecht des Großvaters, das die Familienbeziehungen der in Anspruch Genommenen beherrscht) ohne Rücksicht auf deren Staatsangehörigkeit.

Es entscheidet also über die Ausgleichspflicht stets das Recht, das auch für eine U.-Pflicht des Belangten gegenüber dem Unterhaltenen maßgebend wäre.

Wo ein Ausgleichsanspruch nicht besteht, weil der in Anspruch Genommene gegenüber dem Unterhaltenen nicht unterhaltspflichtig war, besteht gegen ihn auch kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, da es an der Bereicherung fehlt.

§ 9. Der Unterhaltsanspruch, der mit einem Erben schwangeren Mutten; der Dreißigste.

I. In vielen Rechtsordnungen findet sich, ähnlich der römischen »missio ventris causa«, die Bestimmung, daß der Mutter

eines beim Erbfall bereits erzeugten, aber noch nicht geborenen Erben bei Bedarf Unterhalt zu gewähren ist im Interesse des Erben (z. B. BGB. § 1963, § 2141; schw. ZGB. Art. 605 Abs. 2 usw.).

Dieser Anspruch ist eine Wirkung des Erbrechts des erzeugten Kindes, obwohl der Anspruch der Mutter zusteht; dem Kind, dem der Erblasser einen Teil der Erbschaft hinterläßt, soll schon jetzt in dieser Form der Genuß der Erbschaft gewährt werden. Maßgebend muß daher für diesen U.-Anspruch das Recht der Erbfolge sein, also gem. Art. 24, 25 EG. grundsätzlich das letzte Heimatrecht des Verstorbenen[56]). Dieses bestimmt also grundsätzlich, ob ein solches Recht besteht, ob nur bei gesetzlicher oder auch bei testamentarischer Erbfolge, es bestimmt ferner Maß und Zeit sowie Rang des Anspruchs.

Jedoch haben die Erben eines zur Zeit seines Todes im Ausland wohnhaften Deutschen nach Art. 24 Abs. 2 EG. die Möglichkeit, sich bezüglich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten auf die an dem letzten Wohnsitz des Erblassers geltende Gesetze zu berufen.

Ferner besteht in Art. 25 S. 2 EG. ein Exclusivsatz zugunsten deutscher Hinterbliebener, wonach diese erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen können, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind, es sei denn, daß das letzte Heimatrecht des Erblassers für die Beerbung eines Deutschen ausschließlich die deutschen Gesetze für maßgebend erklärt. Unter diesen »erbrechtlichen Ansprüchen« dürften sowohl »Erbrechte« im Sinne des deutschen Erbrechts als auch obligatorische Ansprüche mit Familienrechtscharakter, die nach deutschem Recht gegen den Nachlaß begründet sind (Pflichtteil, U.-Anspruch der mit dem Erben schwangeren Mutter, Dreißigster, s. II) zu verstehen sein. Der Wortlaut des Satzes, der von »Geltendmachen« spricht, deutet auf die Eigenschaft eines besonderen Vorbehaltsatzes (vergl. § 7, I, 3).

---

[56]) Spielt die Frage der Ehelichkeit oder Unehelichkeit sowie der Abstammungsvermutungen des Kindes eine Rolle, so ist diese natürlich ihrer eigenen C. N. zu unterwerfen (vergl. § 5, I, § 7, I usw.); dagegen wird das Grundverhältnis der Verwandtschaft zweiten und entfernteren Grades oder der Schwägerschaft nach dem letzten Heimatrecht des Erblassers beurteilt (analog § 8, II und III).

War der Erblasser also z. B. zuletzt Oesterreicher, so hätte grundsätzlich nur die Witwe bis zum Ablauf von 6 Wochen nach der Entbindung einen Anspruch auf die »gewöhnliche« Verpflegung aus der Verlassenschaft (ABGB. § 1243 kennt nämlich einen U.-Anspruch nur zum Schutz der schwangeren Witwe des Erblassers, nicht den der mit einem Erben schwangeren Mutter; ob die Witwe mit einem Erben schwanger ist, ist gleichgültig). Infolge des Vorbehalts in Art. 25 EG. aber kann eine deutsche Mutter, die mit einem gesetzlichen oder testamentarischen Erben schwanger ist, die Ansprüche aus BGB. § 1963 gegen den Nachlaß geltend machen, da ABGB. § 34 für Ausländer grundsätzlich Wohnsitzprinzip aufstellt.

II. In einigen Rechtsordnungen besteht noch die alte Einrichtung des »Dreißigsten« (z. B. BGB. § 1969, schw. ZGB. Art. 606, C. C. fr. Art. 1465, 1570 Abs. 2); um dem Tod eine bestimmte Zeit der Ruhe im Sterbehaus folgen zu lassen, werden einem engeren oder weiteren Kreis von Hausangehörigen noch auf gewisse Zeit Unterhaltsansprüche gegen den Nachlaß zugestanden. Auch diese Ansprüche sind mit der Erbfolge verflochten und müssen daher nach Art. 24, 25 EG. grundsätzlich dem letzten Heimatrecht des Erblassers unterstehen; der Vorbehalt des Art. 25 EG. zugunsten deutscher Hinterbliebener gilt auch hier. Die maßgebende Erbordnung bestimmt den Kreis der Berechtigten, die Zeitdauer, den Rang und alle sonstigen Eigenschaften des Rechts. War der Erblasser zuletzt Schweizer, so haben gem. Art. 606 ZGB. gesetzliche und eingesetzte Erben[57]), die zuletzt in der Haushaltung des Erblassers ihren Unterhalt erhielten, während eines Monats nach dem Erbfall ein Recht auf Unterhalt. War der Erblasser zuletzt Franzose, so hat die Witwe drei Monate und vierzig Tage das Recht, für sich, ihre Angestellten, und nach herrschender Meinung für ihre ehelichen Kinder, Nahrung zu nehmen aus den Erträgnissen bezw. der Masse der Erbschaft; außerdem hat sie nach Art. 1570 Abs. 2 C. C. fr. noch das Recht, die Zinsen aus der dos oder Unterhalt auf Kosten der Erbschaft während einas Jahres zu verlangen. In den beiden letzten Fällen könnten deutsche Familienangehörige auf Grund des Vorbehalts in Art. 25 EG. nach Maßgabe von BGB. § 1969 Unterhalt fordern, soweit er ihnen nach schw. ZGB. oder C. C. fr. nicht zusteht, wenn die Ge-

[57]) Die Beurteilung des Grundverhältnisses wie in Anm. 56.

genseitigkeit nicht mehr verbürgt wäre.

§ 10. Subsidiäre Anknüpfungspunkte bei den familien- und erbrechtlichen Unterhaltsansprüchen infolge Fehlens oder Mehrdeutigkeit der grundsätzlichen Anknüpfungspunkte.

In allen bisher besprochenen Fällen ergab sich die Staatsangehörigkeit einer Person als grundsätzlicher Anknüpfungspunkt.

I. Ist die maßgebende Person heimatlos (Aufgabe der Staatsangehörigkeit oder Ausschließung; ursprüngliche Heimatlosigkeit, weil das Indigenatsrecht der Eltern »Territorialprinzip« hatte, das des Geburtsstaates dagegen »Personalprinzip«), so sind nach Art. 29 EG. der Reihe nach als Anknüpfungspunkte bestimmt: Das letzte Heimatrecht der Person, ihr Wohnsitz[58]), endlich ihr Aufenthaltsort. Zweckmäßiger wäre es wohl, statt erst auf das letzte Heimatrecht zurückzugreifen, gleich das Wohnsitzrecht an die zweite Stelle zu setzen (so China, Ges. über die Awendung ausländischer Gesetze 1918, Art. 2, Abs. 2, Japan Art. 27, Tschechischer Entwurf § 59, Liechtenstein Art. 31).

II. Der Fall, daß die maßgebende Person mehreren Staaten angehört und daher die Anknüpfung an ihr Heimatrecht nicht eindeutig ist, ist im EG. nicht geregelt (z. B. wenn die Frau durch Heirat ihr altes Heimatrecht nicht verliert, wie nach russischem, argentinischem, brasilianischen Indigenatsrecht, aber auch die des Mannes erwirbt, wie nach den meisten Indigenatsrechten). Es wurden die verschiedensten Lösungen für diese Frage vorgeschlagen.

Da das deutsche Recht, wie jedes andere, im Zweifel sich selbst vor allen anderen Rechtsordnungen den Vorzug gibt, muß man wohl annehmen, daß es dem Geist des EG. am meisten entspricht, die deutsche Staatsangehörigkeit im Wettbewerb mit anderen ausschlaggebend sein zu lassen[59]). Die zweckmäßigere

[58]) Der Begriff des Wohnsitzes kann sich als Rechtsbegriff nicht nach den durch ihn erst bestimmten Recht richten, sondern muß zur Vermeidung eines Circulus vitiosus vom deutschen materiellen Recht geliefert werden, vergl. Kahn, »Gesetzeskollisionen« § 17. A. M. Niemeyer S. 70 mit der nicht stichhaltigen Begründung, daß dem »Wohnsitz« selbst wieder Rechtsbegriffe z. B. Geschäftsfähigkeit, zugrunde liegen. Wie Kahn auch Liechtenstein Art. 37. Die I. P. R.-Codif. der Panam. Union läßt in Art. 22 die lex fori entscheiden.

[59]) So auch Neumeyer § 19, RGK. Vorbem. 7 zu § 1, RG. 102, 84; Habicht S. 229, Niemeyer S. 64; ebenso die Motive zum ersten Gebhard'schen Ent-

Lösung freilich wäre es de lege ferenda, das Recht des Staates für maßgebend zu erklären, in dem auch der Wohnsitz liegt[60]). Für den Fall, daß unter mehreren Staatsangehörigkeiten die deutsche nicht im Spiel ist, besteht kein Anhaltspunkt dafür, unter diesen gleichwertigen Staatsangehörigkeiten der älteren oder jüngeren den Vorzug zu geben, vielmehr wird man dann auf die Zugehörigkeit zu dem Staat zurückgreifen können, in dem auch der Wohnsitz begründet ist und bei mehreren Wohnsitzen oder im Falle des Fehlens eines solchen, auf den Heimatstaat, der mit dem Aufenthaltsstaat zusammenfällt[61]; sollte weder Wohnsitz noch Aufenthalt in einem Staat begründet sein, dem die Person angehört, so wird man auf die zuletzt erworbene Staatsangehörigkeit zurückgreifen, die die Vermutung der engsten und dauerhaftesten Beziehungen für sich hat.

III. Es gibt heute eine Reihe von Staaten, in denen territorial verschiedenes Recht herrscht (Rußland, Polen, Jugoslavien, U. S. A. usw.). Dann ist das maßgebende Recht mit Hilfe der interterritorialen Rechtsordnung des betreffenden Staates zu finden[62]); eine Weiterverweisung ist darin nicht zu erblicken; falls ein interlokales Recht dort nicht besteht, sind die Grund-

wurf, wenn der Deutsche im Reich blieb. Entsprechend für ihr Heimatrecht Italien, Rép. d. dr. i. Bd. 6, Italie Bem. 113; China Ges. v. 1918 Art. 2, Abs 1; Japan Art. 27; Liechtenstein Art. 30, Abs. 1; Tschech. E. § 58, Abs. 1.

[60]) So Kahn, »Gesetzeskollision« § 16, der mit Recht betont, daß es eine juristische Lösung der Frage nicht gibt; er setzt sich jedoch der Zweckmäßigkeit zuliebe über den erkennbaren Geist des EG. hinweg; ebenso Lewald S. 11. Frankenstein Bd. 1, S. 92 will den psychologischen Zusammenhang zwischen dem Doppelstaatler und seinen Rechtsordnungen entscheiden lassen, ebenso Cosack-Mitteis Bd. 1 S. 35; diese Lösung erfaßt zweifellos den springenden Punkt einer sinngemäßen Lösung, kann abes deshalb nicht die Lösung des geltenden deutschen Rechts sein, weil dieses bei seiner durchgehenden Tendenz, den Richter so klar wie möglich zu binden, diesem nie eine so weitgehende Ermessensfreiheit geben würde; vielmehr muß man mindestens de lege lata von bestimmten äußeren Kriterien für diesen psychologischen Zusammenhang ausgehen, wie z. B. vom Wohnsitz.

[61]) So auch Habicht S. 229, Neumeyer § 19; ebenso Liechtenstein Art. 30, Abs. 2; während Niemeyer S. 64 f vor dem Uebergang zum Domizilprinzip noch die zuletzt erworbene Staatsangehörigkeit als maßgebende einschiebt.

[62]) So auch Neumeyer § 16, Frankenstein Bd. 1, S. 93. A. M. Niemeyer S. 64 f., der wegen einer vermeintlichen Weiterverweisung in Anlehnung an ZPO. § 15 zunächst die lex domicilii, dann das Hauptstadtrecht für maßgebend erklärt.

sätze des I. P. R. des Gesamtstaates, im Notfall die des deutschen I. P. R.'s, entsprechend anzuwenden.

IV. Weder das Haager Ehescheidungsabkommen, noch das Ehewirkungsabkommen enthält einschlägige Bestimmungen.

Die sechste Haager Konferenz schlug für beide Fälle vor, grundsätzlich das Recht des (gewöhnlichen) Aufenthaltsortes als maßgebend zu erklären; jedoch solle bei Mehrstaatlichen jeder »beteiligte« Staat sein eigenes Recht als maßgebend betrachten dürfen (J. W. 28 S. 857 f).

§ 11. Deliktische Unterhaltsansprüche.

I. Die Kollissionsnorm.

1) Es ist möglich, daß aus Delikten U.-Ansprüche erwachsen[63]); sie werden, wie alle Anspruche aus Delikten, grundsätzlich von dem Gesetz des Tatortes bestimmt[63a]). Diese ganz allgemein anerkannte Regel[64]) ergibt sich aus Art. 12 EG. nur mittelbar. Daß die Handlung, nicht der Erfolg ausschlaggebend sein muß, ist nicht nur für das Strafrecht von der herrschenden Meinung vertreten, sondern auch für das I. P. R. (Neumeyer, I. Verw. R. Bd. 2 S. 48, Kahn Bd. 1 S. 102)[65]). Nach dieser Rechtsordnung beurteilt sich auch der Einfluß des Mitverschuldens (Frankenstein Bd. 2, S. 373, vgl. i. übrigen Lewald II S. 267). Ist das Delikt durch Unterlassung begangen, so muß wohl die Rechtsordnung des Aufenthaltsortes zur Zeit der Unterlassung maßgebend sein (Frankenstein Bd. 2 S. 370)[65a]).

[63]) Diese Ansprüche sind nach der Qualifikation des deutschen Rechts keine »Unterhaltsansprüche« im gesetzlichen Sinn, sondern »Schadenersatzansprüche« — vergl. RG. 55, 30 — sie bezwecken aber den U. der Geschädigten, sind also tatsächlich Ansprüche auf Unterhalt und werden übrigens im deutschen Recht den gesetzlichen U.-Ansprüchen in gewissem Umfang gleichgestellt, vergl. Staudinger § 843 Anm. 6; § 844 Anm. V, 5, b.

[63a]) Ueber die Qualifikation Lewald II S. 266.

[64]) RG. 57,145, 96,96; 119,25 usw.; RGK. Vorbem. 7 zu § 823, ebenso die deutsche Rechtswissenschaft; ebenso Rép. d. dr. i. Bd. 5 Délicts et Quasidélicts Bem. 6, Pillet-Nib. Manuel S. 609.

[65]) Anders die Rechtsprechung seit der Entsch. der ver. Civ. senate des RG. v. 18. X. 1909, wonach ein Tatort überall gegeben sei, wo ein wesentliches Merkmal des Tatbestandes verwirklicht ist, anscheinend zustimmend Lewald II S. 262.

[65a]) Für Maßgeblichkeit des Ortes, an dem die Pflicht zum Handeln bestand RG. 36/27 und Lewald II S. 262.

Es ist möglich, daß die Handlungen, die zur Tötung oder körperlichen Verletzung einer Person führen, an verschiedenen Orten mit verschiedener Rechtsordnung begangen werden. Es ist nicht angängig, ein Delikt, dessen Tatbestand an zwei Orten mit verschiedenen Rechtsordnungen je zum Teil verwirklicht wird, keiner von beiden zu unterstellen. Erfüllt die Gesamtheit der Handlungen zusammen mit dem Erfolg nach beiden Rechtsordnungen einen deliktischen Tatbestand, so müssen vielmehr auch die nach jeder der beiden Rechtsordnungen bestehenden deliktischen Ansprüche entstehen. Die Ansprüche sind gleichberechtigt; den weitestgehenden ipso iure als maßgebend zu erklären (wie RG. 23,305; 119,25, Lewald II 262 grundsätzlich), stößt wegen der Unklarheit dieses Begriffs auf Schwierigkeiten; diese müssen allerdings von der deutschen Strafrechtswissenschaft im Hinblick auf § 2, Abs. 2 RStGB. auch gelöst werden und sind daher nicht ausschlaggebend

Da aber das Delikt als im Gebiet der verschiedenen fraglichen Rechtsordnungen begangen anzusehen ist, und der allgemeine Grundsatz, daß jedes Delikt der Rechtsordnung des Tatortes unterliegt, nirgends eingeschränkt ist, muß man wohl annehmen, daß die nach den verschiedenen Rechtsordnungen begründeten deliktischen Ansprüche nebeneinander bestehen bleiben und dem Verletzten das Wahlrecht zusteht, welchen der Ansprüche er geltend machen will (ähnlich, wie der Verletzte innerhalb einer Rechtsordnung gegen einen anderen aus demselben Grunde einen Anspruch aus Kontrakt und einen aus Delikt ev. nebeneinander hat und zwischen beiden wählen kann).

M. E. ist es im Deliktsrecht als Ausnahme im I P.R. möglich, daß mehrere Rechtsordnungen für die Begründung der Ansprüche zuständig sind. Die Meinung Neumeyers (I. Verw. R. II S. 48), maßgebend müsse die Rechtsordnung sein, in deren Geltungsbereich die schwerwiegendste Handlung vorgenommen wurde, führt m. E. leicht zu Unklarheiten (vgl. den ähnlichen Streit im materiellen Strafrecht über das ausschlaggebende Kausalmoment!).

2) Zugunsten deutscher Delinquenten bestimmt Art. 12 EG. exclusiv, daß gegen sie aus einer im Ausland begangenen unerlaubten Handlung weitere Ansprüche nicht geltend gemacht werden können, als nach den deutschen Gesetzen begründet

sind. Es ist ein Sondervorbehalt, dessen Wirkung analog dem des Art 21 EG. ist (vergl § 7 I, 3)[66]). Die Grenze bilden die deutschen Gesetze überhaupt, nicht die über unerlaubte Handlungen (RG. 118,142, Lewald II S 269). Die »Schutzgesetze« nach BGB. § 823 Abs. 2 sind natürlich dem deutschen Recht dabei zu entnehmen (Frankenstein Bd. 2, S. 379). Ansprüche, die danach nicht begründet sind oder in Maß, Verjährungsfrist usw. über die nach den deutschen Gesetzen begründeten Ansprüche hinaus gehen, können nicht geltend gemacht werden. Ebenso, wenn nach dem Recht des Tatorts als Kausaltheorie die Aequivalenztheorie gilt, während ja im deutschen Civilrecht die Adäquanztheorie herrscht, oder wenn ein leichterer Grad des Verschuldens als nach deutschem Recht Ansprüche rechtfertigt.

II. Fälle deliktischen Unterhalts.

1) In erster Linie kommt der Fall in Frage, daß jemand, der anderen Personen U. gewährte oder dazu verpflichtet sein konnte, von einem Dritten getötet oder verletzt wird und nun für den wegfallenden U. durch einen deliktischen Anspruch gegen den Delinquenten Ersatz beschafft werden soll, bei Körperverletzung auch für den Unterhalt des Verletzten selbst.

Ist also jemand auf schweizer Gebiet von einem anderen fahrlässig getötet worden, so haben nach Art. 45 Abs. 3 schw. O. R. alle Personen, die in dem Getöteten ihren Versorger verloren haben, einen Schadenersatzanspruch gegen den Delinquenten für die ausfallende Versorgung, ohne Rücksicht darauf, ob ihnen gegen den Versorger ein gesetzlicher U.-Anspruch zustand oder nicht (vergl. v. Tuhr, schw. O. R. Bd. 1, § 48, I, 1).

Gegenüber einem deutschen Delinquenten ist Art. 12 EG. mit BGB. § 844 zu beachten. Wurde jemand in Frankreich vorsätzlich oder fahrlässig getötet, so ergeben sich daraus nach französischem Recht noch viel weitergehende Ansprüche; Abgesehen davon, daß jeder, der durch den Getöteten versorgt wurde oder U.-berechtigt werden konnte, für den ausgefallenen Unterhalt ohne Rücksicht auf ein gesetzliches U.-Recht nach § 1382 C. C. fr. von dem Delinquenten Ersatz verlangen kann, haben Verwandte, deren U.-Pflicht sich durch den Tod erhöht, einen Schadenersatzanspruch, ebenso die unehel. Mutter, auch wenn

[66]) Als prozeßrechtliche Norm gilt Art. 12 für alle seit 1. I. 1900 anhängig gemachten Deliktsklagen, Kahn, »das zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen C. N.« § 29.

sie ihr getötetes Kind gar nicht anerkannt hat (Dalloz, Nouveau C. C. Art. 1382 Anm. 362, 370, 372). Der Vorbehalt zugunsten des deutschen Delinquenten hat also hier ein weites Feld.

Sowohl nach deutschem wie nach schweizer Recht steht bei deliktischer Körperverletzung nur dem Verletzten ein Anspruch auf Schadenersatz bei Minderung oder Aufhebung der Erwerbsfähigkeit oder Vermehrung der Bedürfnisse zu (BGB. § 843, schw O. R. Art. 46). Auch hier ist das französische Recht großzügiger und gibt den indirekt in ihrer Versorgung Geschädigten Ersatzansprüche gegen den Delinquenten, wenn ihr Schaden nicht bereits bei Festsetzung anderer Ansprüche berücksichtigt ist (Dalloz, Art. 1382 Anm 377–380)[67]), die aber infolge des Vorbehalts in Art. 12 gegen Deutsche in Deutschland nicht geltend gemacht werden können.

Nach englischem Recht verjähren die wegen tätlichem Angriff (batterdy) begründeten U.-Ersatzforderungen in vier Jahren vom schädigenden Verhalten an (Gelhart, Grundzüge des englischen Rechts, Berlin 1919, S. 155 f); beim Eingreifen des Art. 12 ist die dreijährige Verjährungsfrist nach BGB. § 852 zu beachten.

BGB. §§ 843, 844 umfaßt auch die Fälle der reinen Kausalhaftung (Staudinger § 844 Anm. IV). Wo nach der lex loci delicti commissi ein Fall der Kausalhaftung gegeben ist, der dem deutschen Recht nicht bekannt ist, greift wiederum zugunsten des deutschen Delinquenten der Vorbehalt ein. Nach dem englischen Workmans Compensation Act 1925 haben die Familienmitglieder (Ehegatten, Eltern, Großeltern, Schwiegereltern, Kinder, Stiefkinder, Geschwister und Halbgeschwister) des Workman Anspruch auf eine genau abgestufte Abfindungssumme[68]), wenn dieser im Betrieb (jede Art von Betrieb) seines employer auch nur rein kausal getötet wurde. Für den deutschen Unternehmer, der in England einen Betrieb unterhält, bildet § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes und BGB. § 823 f die Höchstgrenze der Ansprüche, die gegen ihn bei uns geltend gemacht werden können.

[67]) Es wird sogar ein Ersatzanspruch der Gläubiger des Verletzten anerkannt, Dalloz, Art. 1382 Anm. 333.

[68]) Die Bauschsumme soll keinesfalls 600 Pfund übersteigen; waren die Hinterbliebenen aber ganz abhängig von dem Getöteten, dann soll ein Abfindungsbetrag, der dem Gehalt in den letzten drei Jahren gleichkommt, gewährt werden.

2) Deliktische Ansprüche auf U.-Ersatz können auch auf andere Weise entstehen.

Es kann sein, daß die Entstehung eines materiellen Rechts auf Unterhalt, das einer Person nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zustehen würde, von einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise verhindert wurde; z. B. ein unehelicher Schwängerer verschafft sich vorsätzlich in sittenwidriger Weise durch Anstiftung eines anderen zum Verkehr mit der Geschwängerten die exceptio plurium; ob eine solche überhaupt begründet ist, richtet sich nach dem Heimatrecht der Mutter zur Zeit der Geburt des unehel. Kindes (s. § 7, II) (z. B. bei niederländischer oder deutscher Staatsangehörigkeit). Das Kind kann jedoch gegen den Vater ev. einen deliktischen U.-Ersatzanspruch geltend machen, wenn die lex loci actus, also die Rechtsordnung des Ortes, an dem der Schwängerer seinen Freund angestiftet hat (Handlungsstatut; nicht Ort des Verkehrs, Wirkungsstatut) ihn zugesteht (für das deutsche Recht, vergl. Enneccerus 18/20 Aufl. Bd. II, 2 S. 403).

Es kann sein, daß nach dem wahren Sachverhalt ein Gestaltungsurteil, z. B. Scheidungsurteil, ergehen müßte, das die Ehe aus Verschulden des Mannes scheidet, sodaß dann (z. B. nach BGB. § 1578) die geschiedene Frau einen U.-Anspruch gegen den Mann hätte, daß dieser aber vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise durch arglistige Täuschung des Gerichts ein Scheidungsurteil aus beiderseitigem Verschulden erlangt hat; in diesem Fall entscheidet wiederum die lex loci actus darüber, ob die Frau gegen gegenüber dem rechtskräftigen Scheidungsurteil auf Grund des Sachverhalts gegen den Mann einen deliktischen U.-Ersatzanspruch erheben kann (für das deutsche Recht bejahend RG. 75,213).

Es kann endlich sein, daß tatsächlich nach dem maßgeblichen Recht eine U.-Pflicht bereits besteht (materiell-rechtlich), der Pflichtige aber ein rechtskräftiges abweisendes Urteil durch sittenwidrige arglistige Täuschung erlangt, durch das zwar seine materielle U.-Pflicht nicht berührt wird, aber eine neuerliche abweichende Entscheidung bei gleichbleibenden Verhältnissen nach lex fori verhindert wird (prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie); in diesem Fall ist das Bestehen eines U.-Ersatzanspruchs entsprechend dem vorigen Fall nach lex loci actus zu bestimmen.

§ 12. Der Unterhaltsvertrag im I. P. R.

I. Es besteht eine U.-Pflicht nach dem maßgebenden Recht:

1) Die vorausgegangenen Untersuchungen drehen sich um U.-Pflichten, die bei einem bestimmten Tatbestand kraft Gesetzes zur Entstehung gelangen Die Rechtsordnungen, deren Maßgeblichkeit sich nach den erörterten Regeln bestimmt, stimmen in der Regelung dieser U.-Pflichten nicht überein, weder, was die Voraussetzungen ihrer Entstehung, noch was ihren Inhalt betrifft. Doch sind die Normen über diese familien-, erbrechtlichen und deliktischen U.-Ansprüche in allen Rechtsordnungen zum größten Teil zwingendes Recht infolge ihres engen Zusammenhanges mit den sittlichen Anschauungen des Volkes.

Trotzdem gibt es fast überall einen mehr oder weniger engen Kreis von Bestimmungen, deren Abänderung man den beteiligten Parteien überläßt, ohne dadurch eine Zerstörung der Kultureinheit auf diesem Rechtsgebiete zu befürchten. Das zur Regelung der U.-Pflicht maßgebende Recht entscheidet darüber, welche Bestimmungen zwingend und welche nachgiebig sind.

Es ist selbstverständlich, daß die Parteien nachgiebige Vorschriften im Rahmen dieser maßgebenden Rechtsordnung nach ihrem Willen durch Vertrag ändern können.

Trotz der Verschiedenheiten der Rechtordnungen kann man wohl allgemein sagen, daß die Parteien nicht die Möglichkeit haben, schon vor Eintritt des für die Entstehung der U.-Pflicht aufgestellten gesetzlichen Tatbestandes diese durch Vertrag auszuschließen; eine Ausnahme macht nur die nirgends als unerläßliche gewertete U.-pflicht der geschiedenen Ehegatten, soweit sie überhaupt besteht (vergl. z. B. BGB. § 1578 f; Enneccerus-Wolff, Familienrecht 18./20. Auflg. S. 126). Auch nach Eintritt des Tatbestandes ist ein unentgeltlicher Verzicht auf U.-Raten, die erst in Zukunft fällig werden, im allgemeinen ausgeschlossen, ebenso ein Erlaßvertrag, außer beim Unterhalt der geschiedenen Gatten und beim deliktischen U.-Ersatzanspruch. Dagegen kann zumeist auf bereits fällige Raten verzichtet werden; diese Verpflichtungen können daher auch durch Vertrag vernichtet werden. Was für den vertraglichen Ausschluß des U. gilt, gilt auch im allgemeinen für eine vertragliche Herabsetzung des Maßes der U.-Leistung und ihrer Zeitdauer im Verhältnis zu den Mindestanforderungen der gesetzlichen Bestimmungen; im Vertrag über

diese hinauszugehen, steht den Parteien natürlich grundsätzlich offen. Was die Modalitäten der Leitung (Geld- oder Naturalleistung) anlangt, so ist zu unterscheiden: Bei der Ehe, zu deren Begriff ein enges Zusammenleben gehört, können sie grundsätzlich nicht vertraglich geändert werden, solange die eheliche Gemeinschaft rechtlich besteht, bei anderen U.-Pflichten kann der Vertrag von den Modalitäten der Leistung zumeist abweichen; insbes. läßt das Gesetz selbst bei den U.-Pflichten, die in einem einmaligen Geschehnis ihren Grund haben, nicht durch ein Dauerverhältnis stets neu erzeugt werden (U.-Pflichten des unehelichen Vaters, dessen Feststellung keine personenrechtlichen Wirkungen hat, deliktische U.-Pflichten, entsprechend U.-Pflichten geschiedener Gatten) meist an Stelle der Rente eine einmalige Abfindung zu (vergl. z. B. BGB. § 1714 Abs 1, § 843 Abs. 3, § 844 Abs. 2, § 1580 Abs. 2); dann haben die Parteien natürlich die Möglichkeit, eine solche Abfindung vertraglich jederzeit zu vereinbaren. Es braucht kaum erwähnt zu werden, daß ein den gesetzlichen Bestimmungen entsprechender Unterhalt von den Parteien jederzeit auch vertraglich noch festgelegt werden kann.

Alle diese U.-Verträge können, soweit das maßgebende Recht nachgiebig ist, in seinem Rahmen geschlossen werden. War z. B. die Mutter zur Zeit der Geburt des unehelichen Kindes Schwedin, so kann nach dem schwedischen Gesetz über die außereheliche Kindschaft vom 14. VI. 1917 mit dem Vater ein Abfindungsvertrag nach schwedischem Recht geschlossen werden; war der Ehemann z. B. zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage Deutscher, so können die Gatten die U.-Pflicht des schuldigen Teils in jeder Hinsicht durch Vertrag nach deutschem Recht frei bestimmen oder aufheben.

2) Die Frage, ob die Beteiligten die Möglichkeit haben, durch Vertrag die für die U.-Pflicht kraft Gesetzes nach den besprochenen C. N. maßgebende Rechtsordnung auszuschalten und eine andere für maßgebend zu erklären, muß grundsätzlich verneint werden. Dadurch würden die Parteien die Möglichkeit haben, sich über das an sich maßgebende Recht vollständig hinwegzusetzen und die U.-Pflichten mehr oder weniger nach ihrer Willkür (d. h. der Willkür des wirtschaftlich und daher meist auch tatsächlich stärkeren Pflichtigen, der den Berechtigten, bes. die Gattin und die volljährigen Kinder durch irgend einen Druck

zu der Vereinbarung bestimmen könnte) zu ordnen oder ganz aufzuheben.

Wenn die C. N., wie durchwegs im Familien- und Erbrecht, den Zweck verfolgt, alle zu einer Rechtsgemeinschaft gehörenden Personen, (die die gleiche Staatsangehörigkeit bezw. Wohnsitz im gleichen Staate haben), dem traditionellen, sittlichen, rechtlich verbindlichen Willen dieser Gemeinschaft zu unterwerfen, um ihre Kultureinheit auf rechtlichem Gebiet zu wahren, so ist diese C. N jedenfalls zwingend und unterliegt nicht der vertraglichen Abänderung der Parteien. Die Wahrung der einheitlichen Gestaltung des Familien- und Erbrechts liegt im Interesse des Staates, zu dessen grundlegenden Faktoren dieses Recht gehört. Daraus erklärt es sich, daß in jeder Rechtsordnung auch die einschlägigen materiell-rechtlichen Normen zwingend sind. Der unnachgiebige Charakter des materiellen Rechts und der entsprechenden C. N. auf diesem Gebiet entspringt also der gleichen Wurzel.

Es taucht nun die Frage auf, ob wenigstens da, wo die maßgebende Rechtsordnung selbst die Rechtseinheit nicht für notwendig erachtet und ihre Normen der Abänderung durch das Uebereinkommen der Parteien preisgibt, diese nicht auch die Möglichkeit haben, in diesen Grenzen sich vertraglich einer anderen Rechtsordnung zu unterwerfen; in Frage kommen die Fälle, in denen die Normen über eine gesetzliche U.-Pflicht teilweise nachgiebig sind, etwa hinsichtlich der Modalitäten der Leistungspflicht[69]).

Das muß aus zwei Gründen ebenfalls verneint werden: Einmal wird der freie Raum, den die maßgebende Rechtsordnung den Parteien läßt, durch ihre allgemeinen Grundsätze begrenzt (z. B. Vertragsfreiheit in den Grenzen der guten Sitten und der Zwecke dieser Rechtsordnung u. a.); diese allgemeinen Grenzen sind aber durchaus nicht in jeder Rechtsordnung gleich; da nun die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit, die das maßgebende Recht aufstellt, ein Mindestmaß der auf diesen Gebieten grundsätzlich gebotenen Rechtseinheit bedeuten, so geht es nicht an, auf dem Umweg über die Anwendung eines anderen Rechtssystems mit ev. abweichender Grenzziehung der Vertragsfreiheit auch das Mindestmaß der Rechtseinheit wie es

[69]) Anders Fälle, in denen die Normen über eine gesetzliche U.-Pflicht überhaupt nachgiebig sind und ein Erlaßvertrag möglich ist, s. darüber II.

die maßgebende Rechtsordnung für erforderlich erachtet, zu durchbrechen.

Noch entscheidender aber ist, daß für den Inhalt ein und desselben Anspruchs unmöglich zwei Rechtsordnungen in toto nebeneinander maßgebend sein können (außer in »limitierender Kumulation«), etwa eine für das Maß, die andere für die Modalitäten der Leistung; eine Rechtsordnung kann nur als Ganzes, mit allen allgemeinen Vorschriften, maßgebend sein oder überhaupt nicht. Verweisen also die Parteien hinsichtlich der nachgiebigen U.-Bestimmungen des maßgebenden Rechts auf die einschlägigen Normen eines anderen (praktisch sehr selten, setzt zur unanfechtbaren Giltigkeit natürlich Kenntnis der Parteien von den wichtigsten Bestimmungen diesses Rechts voraus), so wird damit dieses fremde Recht an sich international-privatrechtlich nicht maßgebend. Eine solche Verweisung hat vielmehr nur die Bedeutung einer Abkürzung: Diese Spezialbestimmungen des anderen Rechts werden Vertragsrecht, das aber selbst vollständig nach wie vor dem gesetzlich maßgebenden Rechtssystem untersteht[70]).

3) Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, daß da, wo ein U.-Vertrag besteht, bei einem Wechsel des für diesen Unterhalt international-privatrechtlich maßgebenden Anknüpfungspunktes, dem unter dem alten, vorher maßgebenden Recht abgeschlossenen U.-Vertrag die zwingenden Vorschriften des jetzt zuständigen Rechts, soweit sie den Vertragsbestimmungen entgegengesetzt sind, vorgehen. Die diesen zwingenden Vorschriften entgegenstehenden Vertragsbestimmungen haben dasselbe rechtliche Schicksal, das sie betroffen hätte, wenn der Vertrag von vornherein unter der jetzt zuständigen Rechtsordnung geschlossen worden wäre; sie werden also meist nichtig sein ex nunc; ob diese Nichtigkeit auch die übrigen, zulässigen Bestimmungen des Vertrags ergreift, beurteilt sich wohl nach der Rechtsordnung, unter der der Vertrag geschlossen worden

[70]) Das ist z. B. nicht nur für die wichtige Frage bedeutungsvoll, welchem Recht die allgemeinen Vertragsgrundsätze und Grenzen zu entnehmen sind, sondern auch für die Frage (vergl. Neumeyer § 32), wie weit ein in der Sache ergehendes Urteil der Revision unterliegt. Nach deutscher und französischer Rechtsprechung (Neumeyer § 32, Rép. d. dr. i. Bd. 6. France Bem. 167) ist das nur bei Verletzung der lex fori und ihrer C. N. der Fall, während Verletzungen ausländischer Rechtsnormen nicht revisibel sind.

ist, Die nichtig gewordenen Vertragsbestimmungen leben bei einem abermaligen Wechsel des maßgebenden Rechts nicht wieder auf.

II. Es besteht keine U.-Pflicht nach dem maßgebenden Recht:

1) Es ist möglich, daß zwischen zwei Personen eine gesetzliche Familienunterhaltspflicht nach dem maßgebenden Recht überhaupt nicht besteht, sei es, daß sie durch kein Familienrechtsverhältnis verbunden werden oder zwar ein solches besteht, es aber nach dem maßgebenden Recht keine U.-Pflicht erzeugt, z. B. bei Geschwistern mit deutscher Staatangehörigkeit. Wird zwischen den beiden Personen nun eine U.-Pflicht durch freien obligatorischen Vertrag begründet, so taucht wiederum die Frage auf, ob die Parteien hier die Möglichkeit besitzen, den Vertrag mit seinen Wirkungen einer selbstgewählten Rechtsordnung zu unterstellen Es handelt sich um die umstrittene Frage der internationalprivatrechtlichen Parteiautonomie bei rein obligatorischen Verträgen.

Abzulehnen ist die Zulassung der Parteiautonomie aus dem Gesichtspunkt, daß die Parteien, die da, wo keine gesetzliche Verpflichtung besteht, die freiwillige Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Vertragsschluß in der Hand haben, auch in seiner rechtlichen Ausgestaltung frei sein und daher auch die Möglichkeit haben müßten, eine beliebige Rechtsordnung für maßgebend zu erklären. Daß die vollständige Freiwilligkeit des Vertragsschlusses nicht die Freiheit in der rechtlichen Ausgestaltung des Vertrages bedingt, zeigt der Abschluß der Ehe.

Abzulehnen ist ferner die Zulassung der Parteiautonomie mit der Begründung, die Parteien hätten es vollständig in der Hand, den gesetzlichen Anknüpfungspunkt beim obligatorischen Vertrag (mag er Erfüllungsort oder Ort des Vertragsabschlusses usw. sein, s. unten) und daher mittelbar die maßgebende Rechtsordnung zu bestimmen; sie müßten deshalb auch zu ihrer unmittelbaren vertraglichen Bestimmung berechtigt sein: Auch der Anknüpfungspunkt bei den familien- und erbrechtlichen Verhältnissen (Staatsangehörigkeit bezw. Wohnsitz) unterliegt der Bestimmung der Parteien, wenn er sich auch etwas schwerfälliger ihrem Willen fügt, die C. N. für diese Rechtsgebiete sind aber trotzdem grundsätzlich zwingend, wie zu I. dargelegt.

Die einzige tragfähige Begründung der Zulassung der international-privatrechtlichen Parteiautonomie beim freiwilligen obligatorischen (Unterhalt) Vertrag ist einfach das negative Gegenstück zu den Ausführungen, durch die der grundsätzlich zwingende Charakter der familien- und erbrechtlichen C. N. dargelegt wurde: Die Gestaltung eines freiwilligen obligatorischen Vertrags hat mit der Rechtseinheit der Kulturgemeinschaft und ihrer grundlegenden Rechtsformen nichts zu tun; daher die materielle und collisionsrechtliche Parteiautonomie auf diesem Gebiete. Es besteht gar kein Grund, die Angehörigen einer Rechtsgemeinschaft in diesen Beziehungen derselben Rechtsordnung zwingend zu unterwerfen. Ebensowenig aber ist es gerechtfertigt, sie hier zwingend einer Rechtsordnung zu unterwerfen, die, wie die des Erfüllungsorts oder des Orts des Vertragsabschlusses, nur die Vermutung des »Sitzes« des Vertragsverhältnisses für sich hat, da diese Anknüpfungen ohne jedes öffentliche Interesse sind und daher aus keinerlei rechtspolitischen Erwägungen als unabänderlich angesehen werden können[71]). Das Interesse der lex fori, die von ihr gesteckten Grenzen der Vertragsfreiheit im Hinblick auf die guten Sitten und den Zweck ihrer Normen nicht durch Parteiautonomie oder die gesetzlich maßgebende Rechtsordnung durchbrechen zu lassen, erfüllt die Vorbehaltsklausel (Art. 30 EG.) (s. § 14).

Dem Parteiübereinkommen fehlt allerdings streng logisch zunächst die rechtliche Unterlage (Gegenargument Zitelmanns, Neumeyers, Lewalds).

Um es dem für den U.-Vertrag gesetzlich subsidiär maßgebenden Recht zu unterstellen, müßte man eine doppelte Vor-

[71]) Für Parteiautonomie die Rechtsprechung RG. 73/379, 108/24, 118/282, 119/261, 120/72, 95/165, 12. III. 1928; Frankenstein Bd. 1, S. 158, 178; ebenso die französische Rechtsprechung s. Pill.-Nib. S. 590, Rép. d. dr. i. z. B. Bd. 5, Donations Bem. 117 f, 167; die herrschende italienische Rechtswissenschaft Rép. d. dr. i. Bd. 6, Italie, Bem. 125 f; Schneider und Fick Kommentar zum schw. Obl. R. einleitende Anm. 57; grundsätzlich auch das österreichische Recht ABGB. § 36, 2. Halbsatz, § 37, Walker Anm. IV, A zu § 37 i. Kommentar zm ABGB. von H. Klang; England, Dicey S. 591 f; Brasilien ZGB. Art. 13; China Art. 23; Japan Art. 7; grundsätzlich auch tschechischer Entwurf § 17; stärker einschränkend Polen Art. 7 und Kodifikation der Panamerikanischen Union Art. 185 (vergl. Art. 164 f).
Gegen Parteiautonomie v. Bar II S. 4, Zitelmann II S. 373 f, Neumeyer § 6, § 32, in JW. 1928, S. 656, Int. Verw. R. Bd. II S. 456, Lewald II S. 200 f. vergl. oben die folgenden Ausführungen.

auswirkung dieses Anknüpfungspunktes annehmen; denn sei dieser der Erfüllungsort oder der Wohnsitz des Schuldners, so soll beides erst durch den I.P.R.-Vertrag und den nachfolgenden materiellen U.-Vertrag festgelegt werden.

Umständlich und ziemlich beziehungslos als Anknüpfungspunkt für die Vertragsentstehungsnormen ist der Ort des Vertragsschlusses.

Wegen der Einheitlichkeit der maßgebenden Rechtsordnung wird man jedoch als Vorauswirkung dem Recht, das die Parteien in dem I.P.R.-Vertrag für maßgebend erklären wollen (das noch nicht maßgebend ist), die Entstehungsnormen dieses I.P.R.-Vertrages entnehmen. Diese Lösung ist keine andere, als sie bezüglich der Entstehungsnormen eines obligatorischen freien Vertrags gegeben werden kann, bei dem etwa das Recht des Erfüllungsortes oder das des Wohnsitzes des Schuldners gesetzlich maßgebend ist; hier richten sich die Vertragsentstehungsnormen ebenfalls infolge einer Vorauswirkung nach diesem Recht, das ja seinerseits erst durch den gültigen fertigen Vertrag endgültig bezeichnet wird[72])[73]). Aus dem Gesichtspunkt dieser logischen Lücke, die man an anderen Stellen in den Kauf nimmt, die Parteiautonomie zu bekämpfen, ist daher m. Er. nicht gerechtfertigt.

2. Die gesetzlich maßgebende Rechtsordnung (s. unten) scheidet also hier hinter der Parteiautonomie vollständig aus, auch ihre zwingenden materiellen Vorschriften, die etwa die Grenzen der Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Sittlichkeit ziehen; ebenso die Vorschriften über das Zustandekommen der Verträge, die nur deshalb materiell-rechtlich stets zwingend sind, weil ja jede Abänderung durch die Parteien erst wieder das Zustandekommen des Vertrages erfordern würde, der in der Luft hinge, wenn er sich nicht auf die schon vorhandenen gesetzlichen Vertragsentstehungsnormen stützen könnte. Auch diese Vertrags-

[72]) Von dieser Frage zu trennen ist die nach dem Auffinden des Anknüpfungspunktes: Von dem Fall, daß die Parteien den Erfüllungsort ausdrücklich bestimmen, abgesehen, muß der Anknüpfungspunkt zur Durchbrechung des circulus vitiosus (vergl. Kahn, »Gesetzeskollisionen«) nach der lex fori bestimmt werden.

[73]) Im Gegensatz zu oben ist hier die Festlegung des Erfüllungsortes bezw. der Person des Schuldners (und damit des Schuldnerwohnsitzes) lediglich von dem materiellen Vertrag abhängig.

entstehungsnormen sind dem Recht zu entnehmen, das die Parteien für maßgebend erklären wollen[74]). Dem materiell zwingenden Recht entspricht eben nur da eine zwingende Kollisionsnorm, wo es sich darum handelt, einen Tatbestand unter allen Umständen aus Gründen des öffentlichen Interesses der Rechtsordnung einer bestimmten Rechtsgemeinschaft zu unterwerfen.

3. Besondere Fälle.

a) Ob eine U.-Pflicht als gesetzliche Folge eines freien rein obligatorischen Vertrages in Frage kommt, wie z. B. nach deutschem Recht ev. die des Beschenkten gegenüber dem Schenker (BGB. § 528), muß natürlich der für den obligatorischen Vertrag maßgebenden Rechtsordnung entnommen werden, der gegenüber allerdings Parteiautonomie gilt.

b) Es ist denkbar, daß jemand, der auf grund der maßgebenden Rechtsordnung einem anderen gegenüber unterhaltspflichtig ist, sich diesem gegenüber in einem U.-Vertrag zu einem über seine gesetzliche Verpflichtung hinausgehenden Unterhalt verpflichtet; die Schranken des Art. 12 und 21 EG. fallen für den Vertrag fort. Das uneheliche Kind einer Mutter, die zur Zeit seiner Geburt Deutsche war, hat gegen seinen Vater nur bis zum 16. Lebensjahr einen U.-Anspruch; verpflichtet sich nun der Vater, das Kind bis zu seiner Volljährigkeit zu unterhalten, so besteht für den U.-Vertrag, soweit er den nicht auf Gesetz beruhenden Unterhalt über das 16. Lebensjahr des Kindes betrifft, Parteiautonomie. Hier muß grundsätzlich eine stillschweigende Übereinkunft der Parteien angenommen werden, auch diesen freiwilligen Unterhalt dem für den gesetzlichen U. maßgebenden Recht zu unterwerfen, zumal beide dann meist in einem einheitlichen Vertrag festgestellt werden. Die gleiche Trennung ist theoretisch vorzunehmen, wenn in dem Vertrag etwa über die Quantität der gesetzlich gebotenen Leistung hinausgegangen wird; auch hier die gleiche Lösung.

c) Es ist möglich, daß die Rechtsordnung, die eine U.-Pflicht gesetzlich bestimmt, ihre positive und negative Ausgestaltung vollständig den Parteien überläßt, so daß diese nicht

[74]) Anders Pill. Nib. Manuel S. 583 f, der, grundsätzlich für Parteiautonomie, diese bei loi interne impérative ou prohibitive ausschließen will und z. B. für die wesentlichen Vertragsgiltigkeitsnormen die lex loci contractus zwingend vorschlägt S. 588. Ebenso einige bei Lewald II. zitierte Entscheidungen. Das gesetzlich zuständige Recht hierfür zwingend maßgebend zu erklären, entbehrt jeder rechtspolitischen Grundlage, wie oben ausgeführt.

nur Maß und Modalitäten der Leistung nach Willkür vereinbaren, sondern sie ebenso auch zeitlich nach Belieben beschränken oder von vornherein ganz ausschließen können (z. B. das gesetzliche U.-Recht des schuldlos geschiedenen Gatten BGB. § 1578 f im Zeitpunkt der Scheidung, die deliktischen Ansprüche — BGB. 843, 844 — nach ihrer Entstehung). In diesem Falle gibt die maßgebende Rechtsordnug damit zu erkennen, daß sie die einheitliche Regelung dieser Materie in ihrer Rechtsgemeinschaft als unnötig erachtet, sie nicht in den Bereich der von ihr geforderten Rechtseinheit zählt und an sie keine anderen Mindestanforderungen stellt, als an alle anderen dem freien obligatorischen Vertrag unterliegenden Materien. Damit gibt sie ihrerseits den Weg zur Parteiautonomie frei, was sich natürlich nur auswirkt, wenn sie für den gesetzlichen U. kollisionsrechtlich zunächst zuständig ist. Das ist nicht etwa eine Weiterverweisung, sondern es ist eine vollständige Indifferenz der materiellen Normen dieser Rechtsordnung, die auch die i. p. rechtliche Parteiautonomie zur Folge hat; wird von ihr kein Gebrauch gemacht, so bleibt natürlich das gesetzlich maßgebende Recht zuständig.

d) Wie unter § 4, III ausgeführt, wird die U.-Beitragspflicht der Ehefrau durch das maßgebende eheliche Güterrecht bestimmt. Dieses ist zunächst nach EG. Art. 15 ein für allemal dem Heimatrecht des Mannes zur Zeit der Eingehung der Ehe zu entnehmen. Fast jede Rechtsordnug stellt den Gatten die vertragliche Auswahl unter mehreren Güterrechtssystemen anheim. Aus dem zur vollständigen C. N. zu ergänzenden 2. Halbsatz des Art. 15 Abs. 2 ergibt sich, daß über die Zulässigkeit eines solchen Ehevertrages das jeweilige Heimatrecht des Mannes entscheidet[75]). Manche Rechtsordnugen stehen auf dem Standpunkt der Immutabilität des einmal abgeschlossenen Ehevertrags (Frankreich, Belgien, Italien, Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Spanien usw.); ist also der Ehegatte Niederländer und wurde bereits ein Ehevertrag zwischen den Gatten geschlossen (gleichviel ob unter niederländischen oder einem anderen frühe-

[75]) Im Interesse der sozialen Ordnung ist der Ehevertrag in Rußland und Mexico ganz ausgeschlossen; die Vertragsfreiheit grundsätzlich in Argentinien verneint.
Vergl. hier und im folgenden Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. 2 S. 733 f.

ren Heimatrecht), so haben die Gatten nicht die Möglichkeit, diesen durch einen neuen Ehevertrag abzuändern; sobald der Mann Deutscher wird, fällt die Schranke weg (BGB. § 1432 vergl. auch ABGB. § 1217; schw. ZGB. Art. 181 Abs. 2 erfordert Genehmigung der Vormundschaftsbehörde).

Soweit die Rechtsordnungen die Auswahl unter mehreren Güterrechtssystemen gestatten[76]), kann man sie einteilen in solche, die nur ganz bestimmte Güterrechtssysteme zur Wahl stellen (z. B. BGB.) und solche, die den Parteien weitesten Spielraum lassen und ihnen die Möglichkeit jeder Kombination, Selbstschöpfung und Verweisung auf ausländische Rechte grundsätzlich geben wie die französische (C. C. fr. Art. 1387, Dalloz Art. 1390 Anm. 12,13). Bei den letzteren liegt zwar ein weitgehender Verzicht auf die Rechtseinheit vor; aber es sind doch neben den allgemeinsten Grenzen der Vertragsfreiheit auch noch eine Reihe besonderer Grenzen für den Ehevertrag (C. C. fr. Art. 1387 f, insbes. Dalloz, Art. 1388 Anm. 21,29 f) aufgestellt, die immerhin als Mindestanfordeung einer Rechtseinheit auf dem Gebiet gelten können, obwohl sie nach deutscher Qualifikation großenteils das eheliche Güterrecht gar nicht berühren; sie verhindern aber, daß infolge der gesetzlichen Zuständigkeit selbst einer so großzügigen Rechtsordnung international-privatrechtlich der Grundsatz der Parteiautonomie Platz greifen kann, haben die Gatten einen, vom Standpunkt des maßgebenden Güterrechts gesehen, ausländischen Güterstand vereinbart, so hat das nur die schon zu I. besprochene Bedeutung einer Abkürzung, d. h. die speziellen Normen des ausländischen Rechts sind zum Inhalt des Ehevertrags geworden, der aber nach wie vor der nach Art. 15 maßgebenden Güterrechtsordnung unterstellt bleibt.[77])

e) Soweit in einem Vertrag lediglich die gesetzliche U.-Pflicht, wie sie sich nach dem gesetzlich maßgebenden Recht darstellt, zwischen den Parteien festgelegt wird, bleibt natürlich für diesen Vertrag das für die U.-Pflicht gesetzlich zuständige Recht maßgebend.

[76]) Nur geringe Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes sind in Finnland, Schweden, Dänemark im Interesse der nationalen Rechtseinheit erlaubt.

[77]) Die französische I.P.R.-Rechtsprechung nimmt dagegen in der Tat die Möglichkeit der Parteiautonomie an; dagegen Pill.-Nib., der das Heimatrecht allein für maßgebend erklärt, vergl. S. 599, 600, 603.

f) Daß Erfüllungsvertrag und die Novation von dem ein für den Unterhalt maßgebenden (ev. dem durch giltigen Parteiautonomie bestimmten) Recht beherrscht wird, ist bereits in § 3,5 erwähnt.

Der dingliche Übereignungsvertrag bezüglich des U.-Mittels richtet sich grundsätzlich nach der lex rei sitae.

4) Welches Recht ist maßgebend für den unter II besprochenen U.-Vertrag, wenn die Parteien von ihrer Autonomie keinen ausdrücklichen Gebrauch machen?

Möglich ist, daß dem U.-Vertrag eine stillschweigende Übereinkunft zugrunde liegt (s. II, 1 oder falls etwa zwei Angehörige des gleichen Staates einen U.-Vertrag bei einem vorübergehenden Aufenthalt im Ausland abschließen[78]). In Fällen, in denen auch ein solches stillschweigendes Uebereinkommen nicht angenommen werden kann, gehen die Meinungen stark auseinander, so daß man kaum von einem geltenden I. P. R. sprechen kann.

Viele setzen den »mutmaßlichen Parteiwillen« an die zweite Stelle (RG. 68/203 und andere Entscheidungen), d. h. es soll untersucht werden, welches Recht die Parteien für maßgebend erklärt hätten, wenn sie darüber eine Bestimmung getroffen hätten.

Dieser »mutmaßliche Parteiwille« ist allzu unbestimmt. Die überwiegende Meinung nennt als weitere Anknüpfung das Recht des Erfüllungsortes. (So die Rechtsprechung fast einheitlich vergl. Lewald II S. 225; RG. 73,379; 78,55; 95,164; 96,262; 101,111; 103,259; 107,44 usw; Niemeyer S. 53, Habicht S. 37;) Neumeyer § 32 und Lewald II S. 230 halten den Wohnsitz des Schuldners wohl mit Recht für den geeignetsten Anknüpfungspunkt, da bei dem Suchen nach dem Schwerpunkt der Obligation der Erfüllungsort in Anbetracht seiner Unbestimmtheit im materiellen Recht »nur eine Frage durch die andere ersetzt« (Neumeyer); praktisch führt die Anknüpfung an den Wohnsitz meist zum gleichen Ergebnis, wie die an den Erfüllungsort. Diese Anknüpfungen haben den Nachteil, daß sie zur Vermeidung eines circulus vitiosus nach deutschem Recht beurteilt werden müssen, wenn sie nicht namentlich von den Parteien bestimmt werden (Kahn, Bd. I S. 66,85 f., RG. 95,164; 108,241). Die Anhängigkeit eines Rechtsstreites ist damit aber

[78]) China Art. 23 nimmt ausdrücklich in diesem Fall stets eine Kompetenz nach der Staatsangehörigkeit der beiden Parteien an.

nicht, wie Frankenstein Bd. 2 S. 132 meint, Voraussetzung für die Anknüpfung des Rechtsverhältnisses, sondern auch jede außergerichtliche Beurteilung findet die bereits in Funktion getretene Anknüpfung durch Nachkonstruktion. Der Lösung Frankensteins Bd. 2 S. 178 f, als zweite Anknüpfung die Rechtsordnung zu nehmen, die subjektiv und objektiv die engste Beziehung zum Tatbestand aufweist, könnte man viel eher den Mangel der Abhängigkeit von einer Beurteilung vorwerfen, denn dieser objektiv gedachte Anknüpfungspunkt setzt eine Wertung voraus, er bleibt als objektiver Anknüpfungspunkt ein Ideal, das nicht verwirklicht werden kann! Die Lösung trifft zwar den Kern der Frage, ist aber kaum zu empfehlen; äußere Kriterien der engsten Beziehung, wie Erfüllungsort oder Wohnsitz, dürften dem geltenden deutschen Recht angemessener sein, das der freien Beurteilung grundsätzlich wenig Raum läßt; aber auch de lege ferenda sind bestimmte, wenn auch stark spezialisierte Anknüpfungen vorzuziehen.[79])

III. Was die Form des U.-Vertrags anlangt, so gilt für ihn wie für alle Rechtsgeschäfte EG. Art. 11 Abs. 1; danach stehen den Parteien wahlweise zur Verfügung diejenige Rechtsordnung, welche für die materiell vertragliche U.-Pflicht selbst maßgebend ist, und die lex loci actus[80])[81]). Wo die Parteien letztere wählen,

[79]) Eine andere, bei uns abgelehnte (vgl. Lewald II S. 223, 224) Lehre, die die Rechtsordnung am Ort des Vertragsschlusses für bestimmend erklärt (bes. in Frankreich, Italien, Belgien und Niederlande verbreitet), wählt damit einen oft ganz zufälligen Anknüpfungspunkt.

[80]) Es ist zweifelhaft, ob gemeint ist, der Ort des Abschlusses des Vertrages so Lewald S 71, Neumeyer § 18 (Ort der Annahme); denn dabei ergibt sich der logische Widerspruch, daß das maßgebende Formrecht erst feststeht, wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und die Formvorschriften erfüllt sein müssen. Fehlt darnach die Beachtung einer Formvorschrift, so ist das Geschäft noch nicht abgeschlossen; damit ist aber zugleich das für die Form maßgebende Recht noch unbestimmt. Es dürfte empfehlenswerter sein, den Ort der ersten diesbezüglichen rechtsgeschäftlichen Handlung als Anknüpfung zu wählen.

[81]) Für die Form besteht also eine mittelbare freie Beeinflussung durch die Parteien durch evt. Wahl des materiellen Rechts oder des Vertragsortes, jedoch keine unmittelbare Parteiautonomie; denn infolge der ganz besonders engen Verbindung zwischen Form und Inhalt muß grundsätzlich für beide dasselbe Recht bestimmt sein; nur weil die Einhaltung der Form oft von Einrichtungen der Rechtsordnung am Ort des Vertragsschlusses abhängt, ist auch diese den Parteien wahlweise zur Verfügung gestellt. Dagegen geht es nicht an, den Parteien im Wege der Autonomie die Möglichkeit zu geben, sich bezügl. der

entsteht die Frage, nach welcher Rechtsordnung die Normen in ihrer Eigenschaft als Formvorschriften zu qualifizieren sind, nach lex fori oder nach der für die Form maßgebenden Rechtsordnung (»Formrecht«). Der Grundsatz, die Qualifikation geschehe nach lex fori (Kahn Bd. 1 S. 103 f), entspringt dem richtigen Gedanken, daß die lex fori bei Aufstellung ihrer C. N. von der Qualifikation der eigenen materiell-rechtlichen Normen ausgeht, also nur diese im Auge hat bei ihrer international-privatrechtlichen Zuständigkeitsverteilung; die Zuweisung ist daher mit der ihr zugrundeliegenden Qualifikation zu beachten, die im allgemeinen auch Voraussetzung des Eingreifens einer bestimmten C. N. ist[82]). Etwas anders liegt der Fall bei der Qualifikation einer Norm als Formverschrift. Das Rechtsgeschäft läßt sich verstandesmäßig stets in Inhalt und Form zerlegen. Nur in der Frage, was der einen, was der anderen der beiden notwendigen Kategorien zuzurechnen ist, gehen die Rechtsordnungen zum Teil auseinander. Die maßgebende Rechtsordnung enthält jedoch unter allen Umständen auch Formvorschriften, sodaß eine Art von Rückverweisung aus dem materiell zuständigen Recht, die ev. die Unlösbarkeit einer Frage zur Folge hätte, ausgeschlossen ist. Eine Qualifikation der Form nach lex fori ist also durchaus nicht Voraussetzung für das Eingreifen ihrer C. N. Durch die Anknüpfung der lex loci actus entsteht auch kein circulus vitiosus, wie z. B. bei der Anknüpfung des Erfüllungsortes, der ein Zurückgreifen auf die lex fori notwendig machen würde.

Bei Qualifikation nach dem maßgebenden Recht ist es möglich, daß infolge der verschiedenen Qualifikation der beiden fraglichen Rechtsordnungen, des Formrechts und des materiell zuständigen Rechts, einer Rechtshandlung eine doppelte Bedeu-

---

Form irgend einer Rechtsordnung ohne jeden Zusammenhang mit der Materie oder dem Ort des Vertragsschlusses zu unterwerfen, da das zu großen Unklarheiten und Unstimmigkeiten führen würde. Diese zu vermeiden, hat auch der Staat ein erhebliches Interesse.

[82]) Nach deutscher Qualifikation gehört z. B. der Prozeßkostenvorschuß nach BGB. § 1387 dem ehelichen Güterrecht an, nach österreichischem Recht der persönlichen U.-Pflicht. Bei Anwendung des Art. 15 käme es zu einer Art Rückverweisung aus dem materiellen zuständigen Recht, wollte man die Qualifikation des österreichischen Rechts hier beachten, würde das für die persönlichen Beziehungen nach Art. 14 EG. zuständige Recht nun den Prozeßkostenvorschuß wieder in das eheliche Güterrecht einreihen, so wäre eine intern.-privatrechtliche Lösung hier überhaupt unmöglich; also Qualifikation nach lex fori.

tung zukommt; sie wird vorgenommen, um dem Formerfordernis des Formrechts und dem materiellen des materiell zuständigen Rechts zu genügen. Die Schwierigkeit bei Fehlerhaftigkeit dieser Rechtshandlung wäre zu beheben, indem man hiebei die Rechtsordnung entscheiden ließe, die stärker dagegen reagiert.

Es ist aber bei dieser Art der Qualifikation auch denkbar, daß eine wichtige Vorschrift, die in beiden Rechtsordnungen vorhanden ist, nicht zur Geltung kommt, weil die »materielle Rechtsordnung« sie als Formvorschrift, das »Formrecht« sie als materielle Vorschrift wertet (z. B. Zustimmung des zu Adoptierenden nach französischem Recht Formvorschrift, nach deutschem Recht materielle Vorschrift); hier könnte man nur ev. mit der Vorbehaltsklausel des Art. 30 E. G. nachhelfen.

Dieselbe Lage kann bei Qualifikation nach lex fori nur eintreten, wenn sämtliche Normen des zuständigen Rechts jene wichtige Vorschrift überhaupt nicht enthalten.

Man sieht daraus, daß die von der Regel abweichende Qualifikation nach dem maßgebendem Recht, die nur in einer durch sie ermöglichten reinen, unverfälschten Anwendung des maßgebenden ausländischen Rechts ihre Rechtsfertigung haben könnte, u. U. gerade das Gegenteil erreicht und zu einem der maßgebenden Gesamtsrechtsordnung widersprechenden Ergebnis führen kann. Man wird sich also auch hier für Qualifikation nach lex fori entscheiden[83]).

[83]) Im Ergebnis ebenso Neumeyer § 18, Lewald S. 65 (der jedoch Beachtung fremder Qualifikation für »möglich« und das deutsche Recht »hiefür nicht allein für maßgebend« erklärt, eine unklare Lösung); Pillet-Nib. S. 374. Frankenstein, der von dem Grundsatz ausgeht, daß die Qualifikation Sache des maßgebenden Rechts sei, das auch Bd. 1 S. 178 grundsätzlich für die Qualifikation der Form ausspricht, kommt für die »Pseudoanknüpfung« der lex loci actus zu dem Ergebnis, daß hier ausnahmsweise das deutsche Recht über den Formbegriff entscheide, Bd. 1 S. 533, 535.
Dagegen entscheidet sich die herrschende italienische Wissenschaft und Rechtsprechung, Rép. d. dr. i. Bd. 6, Italie Bem. 103 für Qualifikation der Form nach dem maßgebendem Recht; grundsätzlich ebenso auch Niemeyer S. 111, jedoch mit Einschränkungen (der Begriff der Form sei auf die reinen »Solennitäten« zu beschränken, nach deutscher Qualifikation — eine doppelte Begriffsbestimmung der Form).

3. Teil:

Die Unanwendbarkeit des durch den Anknüpfungspunkt für die Unterhaltspflicht gewiesenen Rechts aus rechtspolitischen Gründen.

§ 13. EG. Art 27 und Art. 28.

I. Art. 27 EG.

1) Gem. EG. Art. 27 gilt für die vollkommen zweiseitigen C. N. des Familienrechts, Art. 21 ausgenommen, sowie für Art 25 (und Art. 7 Abs. 1) ausdrücklich der Grundsatz der Rückverweisung[84]). Unter den in Art. 27 genannten Normen kommen für das U.-Recht in Frage Art. 17 Abs. 1, Art. 15 Abs. 2 und Art. 25 (s. § 4, 7 und § 9; § 4; III 1; § 4, I 3).

2) Die Frage, ob und wie weit Art. 27 auch auf andere C. N. auszudehnen ist, ist sehr bestritten, vor allem da man sich immer noch nicht über die Zweckmäßigkeit der Rückverweisung einig ist. Nach den hervorragenden Ausführungen Kahns, »Getzeskollisionen«, sollte kein Zweifel mehr bestehen, daß der Grundsatz der Rückverweisung abzulehnen ist[85]). Die Rückverweisung ist daher soweit zu beschränken, als eine ob-

[84]) Bei der Rückverweisung (RV.) wird fremdes I. P. R angewendet; diesem ist daher auch für die Rückv. Systematik und Qualifikation zu entnehmen (Lewald S. 22). Die Frage, ob der o. p. des rückverweisenden Rechtssystems gegenüber dem deutschen materiellen Recht zu beachten ist, muß verneint werden, da eine Vorbehaltsklausel nur der Anwendung eines Rechts im Herrschaftsgebiet der Rechtsordnung entgegensteht, der die Klausel angehört (a. M. Frankenstein, Bd. 1 S. 71 trotz der klaren Ausführungen S. 228, 229).

[85]) Die angebliche Uniformität in der internationalen Beurteilung eines Falles wird dadurch nicht erreicht, da der ausländische Richter genau so denkt und die RV.-Klausel des anderen Rechts beachtet. Ergebnis: Jeder Richter wendet gerade das Recht an, welches nach seiner eigenen C N. nicht zuständig ist (Kahn Bd. 1 S. 129), vergl. z. B. schw. Ziv. Verh. Ges. und Gmür Bd. 2, Vorbem. 3a zum 6. Titel, S. 875; sowohl das deutsche wie das schweizer Recht enthält eine Rückverweisungsklausel; wendet der Richter beide C. N.-systeme vollständig an, so kommt er zu keinem Ergebnis; andernfalls muß er willkürlich die RV.-Klausel des einen Systems übergehen. Vgl. auch Bing, Blätter für Internationales Privatrecht, 1931 Sp. 245 f.

Außerdem kann natürlich jedenfalls die Beurteilung vor einer dritten lex fori die »Uniformität« der internationalen Beurteilung eines Falles stören.

Über die Erscheinung des »logischen Spiegelkabinetts« vergl. Kahn a. a. O. Das System Frankensteins würde diese Schwierigkeiten nur vermeiden, wenn es in allen Rechtsordnungen gelten würde.

jektive Auslegung des Gesetzes es zuläßt[86]). Offenbar ist in Art. 27 EG. der § 31 des Gebhard'schen Entwurfes aus den für diesen geltend gemachten Gründen wiedererstanden, d. h. die Rückverweisung soll ausnahmsweise gelten in den Fällen, in denen das Staatsangehörigkeitsprinzip gilt. Daß eine Reihe von Bestimmungen dieser Art in Art. 27 nicht genannt sind, liegt offensichtlich daran, daß diese im EG. als einseitige C. N. aufgestellt sind; im Gebhard'schen Entwurf hatten sie die Form vollkommen zweiseitiger C. N. (§ 16 Abs. 1, § 17, § 19 Abs. 1 und 3, § 21, § 22, § 23 Abs. 1, § 26 Abs. 1, § 29) und waren daher auch in § 31 aufgeführt. An diesem Grundsatz kann auch der Umstand nichts ändern, daß die Bestimmung über die Ansprüche gegen den unehelichen Vater (Gebhard'scher Entwurf § 25, EG. Art. 21) beide Male der Rückverweisung nicht unterstellt wurde. Das mag zum Teil daran liegen, daß man die »inländische Rechtssicherheit« schon durch die Vorbehaltsklausel zugunsten deutscher Väter als genügend gewahrt ansah, vielleicht auch, daß man die unehelichen Kinder der Wohltat der Rückverweisung nicht für würdig erachtete.

Die RV. ist somit auch auf die persönlichen Beziehungen zwischen Ehegatten (Art. 14), auf die Beziehungen zwischen Eltern und ehelichen Kindern (Art. 19), zwischen Adoptanten und Adoptierten und die entsprechenden U.-Beziehungen auszudehnen[87]). Ob sie auch für den U. zwischen Verwandten gilt,

[86]) Die Wissenschaft lehnt in großer Mehrheit die RV. ab: F. Kahn, »Gesetzeskollisionen«, Niemeyer «Vorschläge . . .« S. 85, ders. I. P. R. S. 74 f, Neumeyer § 12; Lewald S 15 f; grundsätzlich auch die Motive zu § 31 der beiden Gebhard'schen Entwürfe; ebenso die erste und zweite Kommission (der Gebhard'sche § 81 verschwand im E. 1 und E. 2, hier nur noch § 2245).

A. M. Frankenstein; Habicht S. 142, Enneccerus Bd. 1 S. 137; auch die Rechtsprechung, mit Ausnahme des KG. (s. JW. 28,73), steht grundsätzlich auf Seiten der RV., RG. 91/141, 62/404, 78/234, RGK. Bd. 1, Vorbem. 7 zu § 1.

Es ist auffallend, daß auch im Ausland die Rechtsprechung, wohl auch aus Bequemlichkeit, der Rückv. zuneigt, während die Wissenschaft sie ablehnt, vergl. Pill-Nib. S. 381, 385, 393. In Italien ist sowohl Wissenschaft wie sogar Rechtsprechung überwiegend ablehnend. Vergl. Rép. d dr. i Bd. 6, Italie, Bem. 101. Gesetzlich sanktioniert ist die RV. in Polen Art. 36, Japan Ges. v. 1898 Art. 29, Tschech. E. § 60 (bei Staatsangehörigkeit); in England neigt man der RV. zu, vergl. Dicey S. 811 f, Zeitschrift f. ausländisches und internationales Privatrecht, 4. Jahrgang 1930, Heft 3/4 »Development of the Doktrine of Renvoi in England in cases of succession«, insbes. S. 435 unten.

[87]) So auch Niemeyer S. 74 f; Neumeyer JW. 28,73; Lewald S. 21.

der im EG überhaupt nicht geregelt ist, ist zweifelhaft. Da die Ausnahme der RV. überall, wo Staatsangehörigkeitsprinzip gilt (von Art. 21 abgesehen) zum Grundsatz erhoben ist, muß sie auch hier wohl gelten. Es unterliegt also im Familienrecht nur die U.-Pflicht des unehelichen Vaters nach Art. 21 nicht der RV. Der vertragliche U., der eine Familienunterhaltspflicht zum Gegenstand hat, unterliegt der RV., soweit diese Familienunterhaltspflicht als gesetzliche Pflicht ohne Rücksicht auf den Vertrag der RV. unterliegen würde und nicht etwa Parteiautonomie besteht und Anwendung gefunden hat. Für den übrigen vertraglichen und für den deliktischen U. scheidet die RV. aus.

Rückverweisung auf dem Umweg über eine Weiterverweisung kommt nicht in Frage[88]). Die Weiterverweisung ist wohl dann statthaft, wenn die zunächst maßgebende Rechtsordnung und diejenige, auf die sie verweist, die Collisionsfrage im gleichen Sinn lösen.

Im Bereich der Haager Abkommen besteht keine RV. Vergl. RG. 64/39.

II. Mit Art. 27 hat Art. 28 EG. die Berücksichtigung fremden I. P. R. gemeinsam. Ueber die Bedeutung des Art. 28 vergl. Niemeyer S. 86 f. Es bestehen bezügl. des Erbrechts in einer Reihe von Staaten »besondere Bestimmungen für die I. P.-rechtliche Frage der Erbfolge in Grundstücke; z. B. ist nach französischem, spanischem und englischem Recht lex rei sitae (abweichend von dem grundsätzlich maßgebenden Recht) für zuständig erklärt. U.-Anspruch bezw. Erbrecht des unehelichen Kindes nach dem Tode des deutschen Vaters bestimmen sich nach deutschem Recht (§ 7, II, 5); in Ansehung von Nachlaßgrundstücken, die in England gelegen sind, gilt jedoch gem. Art. 28 englisches Recht, das dem unehelichen Kind weder irgend ein Erbrecht noch einen U.-Anspruch gegen die Erben einräumt (Eversley S. 602). Bei einer Abfindung des Kindes gem. BGB. § 1712 II sind die in England gelegenen Grundstücke, die nach englischem Erbrecht vererbt wurden, trotzdem als Teil des Gesamtnachlasses mit in Rechnung zu stellen; natürlich sind diese englischen Grundstücke dann, soweit sie nach englischem Erbrecht dem unehelichen Kind oder den nach deutschem Erbrecht Berufenen zugefallen sind, diesen bei dem auf sie entfallenden Anteil am Nachlaß (bezw. Pflichtteilsanspruch gegen die Erben)

[88]) Ebenso Neumeyer § 12; Lewald S. 21; Niemeyer S. 74 f.

ebenfalls in Rechnung zu stellen; soweit diese Grundstücke weder dem unehelichen Kind noch den Erben des deutschen Erbrechts zugefallen sind, teilen sich beide verhältnismäßig in den dem deutschen Erbrecht unterliegenden Nachlaß. Soweit die Erben des deutschen Erbrechts die Erbfolge in die englischen Grundstücke antreten, sind bei dem U.-Anspruch des unehelichen Kindes nach BGB. § 1712 Abs. 1 ihre Einkünfte aus diesen Grundstücken mitzurechnen.

§ 14. EG. Art. 30.

I. Allgemeines.

1) Das I.P.R. ist getragen von dem Vertrauen, daß die Rechtsmaterien auch in den ausländischen Rechtsordnungen im allgemeinen eine der inländischen Staatsgemeinschaft und den inländischen Sittlichkeitsbegriffen entsprechende Regelung gefunden haben. Es gibt jedoch Fälle, in denen diese Erwartung nicht zutrifft, auch wo es sich um Staaten des gleichen Kulturkreises handelt. Um in diesen Fällen eine Auswirkung der fremden Normen im eigenen Rechtsgebiet zu verhindern, besteht in den meisten I.P.R.-Ordnungen eine ganz allgemeine Vorbehaltsklausel[89]). Sie unterbindet die Anwendung des fremden Rechtssatzes innerhalb des territorialen Herrschaftsgebietes ihrer Rechtsordnung. Die Lücke ist, soweit möglich, aus dem fremden Recht selbst, im übrigen aus den entsprechenden materiellen Normen der Rechtsordnung auszufüllen, der die Vorbehaltsklausel angehört (»Vorbehaltsordnung«). Außerhalb des territorialen Herrschaftsgebietes der letzteren dagegen steht der Auswirkung und Geltendmachung der abgelehnten Norm nichts im Wege. Die Vorbehaltsklausel ist wie ein Vorhang, hinter dem die abgelehnte Norm für das Inland verschwindet, während sie im Ausland nach wie vor als Richtschnur voll hervortritt. Nur da, wo ein Rechtsverhältnis durch das Eingreifen der Vorbehaltsklausel gestaltet oder vernichtet wird (z. B. Ehe), wird durch sie die tatsächliche Rechtslage ein für allemal geändert — die Gestaltung und Vernichtung ist auch in allen anderen Staaten anzuerkennen außer wiederum im Vorbehaltsfall — während in allen Fällen, in denen nur die Auswirkungen eines bestehenden Rechtsverhältnisses in dem territorialen Herrschaftsgebiet des Vorbehalts-

[89]) Vergl. Niemeyer Vorschläge; China Ges. v. 1918 Art. 1; C. C. fr. Art 3 Abs. 1; C. C. it. Art. 11 und 12; Liechtenstein Art 8 Abs. 2; Polen Art. 38; Tschech. E. § 61; Spanien C. C. Art. 8.

rechts positiv oder negativ modifiziert werden, das Eingreifen der Vorbehaltsklausel an dem Grundverhältnis nichts ändert.

Diese Bemerkungen zur Herstellung des Zusammenhanges; im übrigen muß auf die ziemlich ausgedehnte Literatur verwiesen werden [90]).

2) In Deutschland ist in EG. Art 30 die allgemeine Vorbehaltsklausel enthalten. Auch hier nur kurz einige allgemeine Bemerkungen.

Zeitlich muß Art. 30 für alle Beurteilungen angewendet werden nach dem 1. I 1900, da es gegenüber dem Schutz der öffentlichen Ordnung keine wohlerworbenen Rechte geben kann (Frankenstein Bd. 1, S 227; etwas anders Kahn »Die zeitliche Geltung der örtlichen C.N.« §40).

Durch Staatsverträge ist die Anwendung des Art. 30 soweit eingeschränkt, als in ihnen bereits Fälle des o. p. berücksichtigt sind (Lewald S. 26, vergl. tschech. E. Art. 62), z. B. Art. 1 und 2 Haager Eheschließungsabkommen, Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 des Haager Ehewirkungsabkommens.

Der Begriff der »guten Sitten« in Art. 30 ist der gleiche wie der in BGB. § 138, der des Verstoßes gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes ist nach der ständigen Formel des RG. eng auszulegen, nach der »der Unterschied der staatspolitischen und sozialen Anschauungen gegenüber denen unserer Rechtsordnung so erheblich sein muß, daß die Anwendung des ausländischen Gesetzes die Grundlagen des deutschen staatlichen und wirtschaftlichen Lebens angreifen würde«[91]). Die Vorbehaltsklausel kann nur eingreifen, wenn die Anwendung eines ausländischen Gesetzes im konkreten Fall diesen Erfolg haben oder gegen die guten Sitten verstoßen würde, also eine genügende Beziehung zum Inland vorhanden ist [92]) Die Entscheidung über diese Fragen ist von Fall zu Fall zu treffen, die Aufstellung allgemeiner Richtlinien für ein Spezialgebiet, wie das U.-Recht, jedoch möglich[93]).

---

[90]) Kahn »Die Lehre vom o. p.« Frankenstein Bd. 1 S. 199 f; bes. ausgebildet ist die Lehre vom o. p. in der franz. und ital. Rechtswissenschaft, vergl. Rép. d. dr. i., Pill.-Nib usw.

[91]) RG. 60/296, 73/368, 93/182, 119/259 usw.; RGK. Bd 1 Vorbem. 7 zu § 1; Neumeyer § 10, Enneccerus Bd. 1 S. 148 f; a. M. Frankenstein Bd. 1 S. 221.

[92]) Vergl. Kahn »Lehre vom o. p.«, der den Gedanken der maßgebenden Anknüpfung herausarbeitet; Frankenstein Bd. 1 S. 208, 209; Lew. 35.

[93]) Die Anwendung des Art. 30 gehört sogar zu den wenigen Fragen im I.P.R., wo für die Behandlung einer Spezialmaterie nicht, wie sonst, die Lösung der übergeordneten Type im Vordergrund steht.

II. Art. 30 und das U.-Recht.

Die Art der Abweichung des ausländischen U.-Rechts vom deutschen U.-Recht ergibt den Gesichtspunkt für allgemeine Richtlinien. Keinesfalls darf etwa das gesamte U.-Recht als dem o. p. unterworfen angesehen werden, wie in manchen ausländischen Rechtsordnungen, bes. in der französischen. (Vergl. Dalloz Rép. pr. Bd. 1, Aliments Bem. 151, wonach des französische Recht immer anzuwenden ist, wenn es weiter ist als das an sich zuständige Recht[94]).

1) Der Fall, daß das maßgebende ausländische U.-Recht das Maß des deutschen U.-Rechts nicht erreicht, wird dem Art. 30 stärker ausgesetzt sein, da grundsätzlich angenommen werden kann, daß durch das deutsche Recht mit Bedacht nur das Mindestmaß der sittlichen U.-Pflichten rechtlich geschützt ist. Trotzdem ist eine gesonderte Untersuchung bei jeder einzelnen U.-Art geboten.

a) Zuvor müssen jedoch die Wirkungen eines »permissiven« Eingreifens[95]) der Vorbehaltsklausel im U.-Recht festgestellt werden.

Soweit eine Ergänzung aus dem zuständigen Recht nicht in Frage kommt, greift, wie oben bemerkt, die deutsche lex fori mit ihren entsprechenden U.-Normen ein, sodaß im deutschen Staatsgebiet nach ihrer Maßgabe eine U.-Pflicht besteht. Der hienach Pflichtige wird innerhalb dieses Gebietes auf Klage zur entsprechenden U.-Leistung verurteilt, u. z. »angebrachtermaßen«[96]), d. h. mit einer auf das deutsche Staatsgebiet beschränkten Wirkung; innerhalb dieses Gebietes können diese Urteile gem. RZPO. vollstreckt werden. Für die schuldrechtlichen Folgen der Nichterfüllung einer solchen U.-Pflicht, die dem an sich maßgebenden Recht zu entnehmen wären (vergl. § 3 Ziff. 6), gilt zunächt das in § 3 Ziff. 7d Gesagte entsprechend; sie müssen also, soweit sie bei vorsätzlicher Nichterfüllung vom Standpunkt der guten Sitten geboten sind, erst ihrer-

[94]) Vergl. auch Pillet-Nib. S. 550, der übrigens wiederholt die allzuweite Anwendung des o. p. bekämpft; vergl. Art. 45, Art. 59, 68, Art. 3 Abs. 2 des Pan-Am. Entw.

[95]) Vergl. über diesen ungenauen Sprachgebrauch Frankenstein Bd. 1 S. 230; »permissiv« sind hier nur die Folgen der prohibitiven Ausschaltung des fremden Rechts.

[96]) Vergl. Frankenstein Bd. 1 S. 227 f; Niemeyer S. 98; Lew. S. 36; RG. 29/90.

seits durch die Vorbehaltsklausel für das Inland in Geltung gesetzt werden.

Was schließlich die ev. weittragenden familien- und erbrechtlichen Folgen einer Verletzung der U.-Pflicht betrifft (vergl. § 3, 7), so können solche m. E. durch ein Zuwiderhandeln gegen die territorial eingeschobene U.-Pflicht keinesfalls begründet werden, gleichgiltig, ob das für sie zuständige Recht das deutsche ist oder ein anderes, da die Vorbehaltsklausel auch in ihren Rechtswirkungen eng ausgelegt werden muß. Im übrigen gilt das oben für etwaige schuldrechtliche Folgen der Nichterfüllung Bemerkte entsprechend; da jedoch ein Fehlen solcher Rechtsfolgen nicht als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden kann, so wird auch ihre Aufstellung nach dem für sie maßgebenden Recht (§ 3, 7a, b) bezw ihre Einschiebung durch die Vorbehaltsklausel für das Inland nicht in Frage kommen.

Wie erwähnt, besteht außerhalb des territorialen Geltungsgebietes der Vorbehaltsklausel keine U.-Pflicht, soweit das an sich zuständige U.-Recht sie nicht kennt. Wird außerhalb des Vorbehaltsgebiets trotzdem U. geleistet, so kann außerhalb (nicht dagegen bei uns!) des Vorbehaltsgebiets das Geleistete als indebitum zurückverlangt werden, soweit das nicht bei Sittlichkeits- und Pflichtschenkungen ausgeschlossen ist (bezl. des zuständigen Rechts vergl. Neumeyer § 36), im Vorbehaltsgebiet dagegen nicht. Das im Vorbehaltsgebiet zur Erfüllung der dort geltenden U.-Pflicht Geleistete kann auch im Ausland nicht als indebitum zurückverlangt werden, soweit u n s e r e Beurteilung in Frage kommt, die eine U.-Pflicht zugrundelegen muß; anders nach ausländischer Beurteilung.

b) Es ist nun bei den verschiedenen U.-Fällen bes. zu prüfen, wo Art. 30 eingreift, wenn das ausländische zuständige U.-Recht hinter dem deutschen zurückbleibt:

aa) Der Fall, daß eine U.-Pflicht zwischen zusammenlebenden Ehegatten nicht besteht, dürfte in keiner Rechtsordnung vorkommen. Aber auch bezl. des Maßes dieser U.-Pflicht und ihrer Modalität müßte jede Unterschreitung der deutschen Norm (BGB. § 1360) als sittenwidrig der Vorbehaltsklausel verfallen. Das Gleiche müßte für eine ausländische Norm gelten, die bei einem tatsächlichen Getrenntleben der Gatten dem unschuldigen bezw. zur Trennung berechtigten Gatten — abgesehen von dem ev. Anspruch auf Herausgabe der Haushaltssachen — ein

geringeres oder anders modifiziertes U.-Recht einräumt als BGB. § 1361.

Dem schuldlos geschiedenen Gatten gibt BGB § 1578–1580 einen U.-Anspruch gegen den anderen Teil. Bereits die Motive zu E. I § 1454 heben hervor, daß eine »Entschädigungspflicht« für diesen Fall die Ehe zu einem auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile gerichteten Rechtsgeschäft herabwürdigen würde; es wird hervorgehoben, daß der U.-Anspruch, der nach E. I § 1454 beiderseits nur bei Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit gegeben war, nur aus »Billigkeitsgründen«, ferner zur Entlastung der öffentlichen Armenpflege und bes. deswegen festgesetzt wurde, um dem schuldlosen, vermögenslosen und erwerbsunfähigen Teil die Möglichkeit zu geben, eine zerrüttete Ehe durch Scheidung zu lösen, ohne dabei die Gefahr der Subsistenzlosigkeit zu laufen; der Grund, den unschuldigen Teil nicht der Gefahr der Subsistenzlosigkeit auszusetzen und ihn damit zur Fortsetzung einer zerstörten Ehe zu zwingen, ist triftig, die gegenteilige Regelung würde nach unserer Anschauung gegen die guten Sitten verstoßen Es ist indessen zweifelhaft, ob dieser Grund, wenn es sich um die Anwendung ausländischen Scheidungsrechts grundsätzlich handelt, also der Mann Ausländer ist, durchschlägt. Denn den Deutschen (und der verlassenen deutschen Ehefrau, EG. Art. 17 Abs. 3) ist das U.-Recht im Falle der Scheidung vielleicht soweit bekannt, daß die Bestimmung den oben genannten Zweck annähernd erreicht; ein Ausländer aber, der seinen ständigen Wohnsitz selbst im Inland hat – nur solche Auländer können im allgemeinen gem. ZPO. § 606 Abs. 4 von einem deutschen Gericht geschieden werden – denkt in erster Linie an sein Heimatrecht, das ja (nämlich das Heimatrecht des Mannes) nach deutschem I.P.R. auch grundsätzlich bei der Scheidung maßgebend ist (die Umstellung auf das Zivilrecht des Wohnsitzes erfolgt am ehesten im Obligationen- und Sachenrecht); der Gedanke an eine »Korrektur« seines Heimatrechts durch die deutsche Vorbehaltsklausel im Falle der Scheidung liegt dem Ausländer und seiner Ehefrau ganz fern, sodaß der Zweck dieses Eingreifens, dem unschuldigen Teil den Entschluß zur Scheidung zu erleichtern, hier gar nicht erreicht würde

Für die öffentliche Armenfürsorge aller in Deutschland sich aufhaltender Ausländer ist das Inland allerdings nicht nur

international-verwaltungsrechtlich zuständig (vergleiche Neumeyer I. Verw. R. Bd. 2 § 67 S. 387), sondern auch kraft Fremdenrechts dazu verpflichtet (vergl. Reichs. Fürs V. O. § 13; Handwörterbuch der Wohlfahrtspflege 2. Aufl. 1929, S. 105 f). Eine Ersatzpflicht des Heimatstaats besteht nur zum Teil aufgrund von Staatsverträgen. Man kann jedoch trotz der enormen öffentlichen U.-Lasten nicht behaupten, daß eine Anwendung der ausländischen Vorschriften, die eine U.-Pflicht des schuldigen Gatten gegenüber dem unschuldigen nach der Scheidung verneinen, »die Grundlagen unseres wirtschaftlichen Lebens angreife«, wenn man bedenkt, daß es sich nur um einen außerordentlich geringen Prozentsatz der jährlichen aus einseitigem Verschulden vollzogenen Scheidungen im Inland handelt; man kann derartige Normen also nicht wohl als gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßend bezeichnen.

Es wäre gewiß sehr unerfreulich, wenn der unschuldig geschiedene ausländische Gatte, der gegen den anderen Teil keinen U.-Anspruch hat, aus Gründen öffentlicher Unterstützung ausgewiesen würde (Ausländer können im allgemeinen jederzeit ausgewiesen werden); die Ausweisung ist indessen ein Akt der Verwaltung; es kann also zwar ein Kausalzusammenhang bestehen zwischen der Ausweisung und der ausschließlichen Anwendung der ausländischen Scheidungsnorm; aber man kann nicht behaupten, daß letztere gegen die guten Sitten verstoße, nur weil ein ev. daran anknüpfender behördlicher Ermessensakt zu großen Härten führen kann.

Art 30 greift also gegenüber derartigen Scheidungsnormen[97]) unter keinem Gesichtspunkt ein.

bb) Ein Recht, das die U.-Pflicht der Eltern gegenüber ihren ehelichen Kindern und umgekehrt verneint, dürfte es wohl nicht geben[98]) Im übrigen muß auch bezl. des Maßes das deutsche Recht als sittliches Mindestmaß, einschließlich § 1603 Abs 2 BGB., gelten[99]); auszunehmen ist die Bestimmung des

[97]) Z. B. österr. Ehrenzweig Bd. 4, § 400, II, 2 und §§ 432, II, schw. ZGB. Art 152, die nur die Möglichkeit zu ausnahmsweiser Zusprechung eines U.-Anspruchs geben.

[98]) Betreffend des Grundverhältnisses ist BGB. § 1699 nur eine Billigkeitsnorm, die bei abweichendem ausländischen Recht nicht das Eingreifen des Art. 30 erfordert.

[99]) Die französische Auffassung, daß die Eltern eines Vermögen besitzenden Kindes zunächst nur dann U.-pflichtig sind, wenn ihnen die Nutznießung

BGB. § 1602 Abs. 2, wonach ein Kind, das Vermögen besitzt, vor Inangriffnahme desselben von seinen Eltern Unterhalt verlangen kann, die trotz ihrer Zweckmäßigkeit nicht als sittliche Notwendigkeit angesprochen werden kann Ebenso ist nichts einzuwenden gegen die Bestimmung des englischen Rechts, die der verheirateten Frau mit eigenem Vermögen eine auch dem Rang nach gleiche U.-Pflicht wie dem Mann gegenüber den ehelichen Kindern auferlegt (Eversley S. 235 f; anders BGB. § 1606 Abs. 2), auch dem Richter die Möglichkeit gibt, einem Elternteil, dem die guardianship entzogen wird, einen U.-Beitrag aufzuerlegen, obwohl das zu einer rechtlichen Entlastung des Mannes im Vergleich mit dem deutschen Recht führen kann

Endlich lehnen manche Rechtsordnungen (z. B. C C fr. Art. 204, schw. ZGB. Art. 239 Abs. 3) ein klagbares Recht auf Aussteuer ab im Gegensatz zu BGB. § 1620, in dem ebenfalls kein sittliches Mindestmaß zu erblicken ist

cc) Was die Legitimationsart und die Adoption als Grundverhältnisse anlangt, so kann ein Fehlen solcher zweckmäßiger und billiger Einrichtungen[100]) Art. 30 nicht auf den Plan rufen.

Für den U. zwischen Legitimanten und Legitimierten, Adoptanten und Adoptierten muß dagegen das deutsche Recht grundsätzlich ebensoweit als sittliches Mindestmaß angesehen werden, wie das unter bb) der Fall ist, ohne daß wohl beim Adoptionsverhältnis BGB § 1603 Abs. 2 eingeschlossen ist.

Des Zusammenhangs wegen soll hier die Bestimmung des englischen und amerikanischen Rechts erwähnt werden, wonach mit der Adoption die gegenseitigen U.-Pflichten zwischen leiblichen Eltern und Kindern erlöschen; diese Bestimmung ist gem. Art. 30 wegen Sittenwidrigkeit bei uns nicht anzuwenden und an ihre Stelle die englischen und amerikanischen U.-Bestimmungen zwischen Eltern und Kindern zu setzen, mit dem Vorrang des U.-Verhältnisses zwischen Adoptanten und Adoptierten.

an dem Kindesvermögen zusteht (Dalloz, Nouveau C C. Art 203 Anm. 42,40), weicht wohl in der Konstruktion, nicht aber im Erfolg von BGB. § 1602, Abs. 2 wesentlich ab; eine effektive Leistung aus eigenem Vermögen erbringen die Eltern nach beiden Normen nur, soweit ausreichende Einkünfte aus dem Kindesvermögen nicht vorhanden sind.

[100]) Die legitimatio per matrimonium subsequens war in England bis zur Legitimacy Act 1926 unbekannt; auch jetzt noch ist sie bei Ehebruchskindern ausgeschlossen; ebenso in Griechenland bezl. incestiöser Kinder; die Adoption ist in Holland, Portugal, Argentinien usw. unbekannt.

dd) Was das Grundverhältnis zwischen Vater und unehelichem Kind anlangt, so kann es entweder durch freiwillige Anerkennung oder durch behördlichen Akt (meist Urteil) festgestellt werden. Die Mehrzahl der Rechtsordnungen schränken jedoch die Feststellung mehr oder weniger stark ein, vor allem, um damit eine Ablehnung dieser Beziehung zum Ausdruck zu bringen und teils sühnend teils abschreckend zu wirken; ferner auch in der Resignation, daß sich die Wahrheit in sehr vielen Fällen nicht feststellen läßt, die dann nur Gelegenheit geben würden, ausgiebig die schmutzige Wäsche vor Gericht zu waschen. Für die letzteren Fälle der Unsicherheit besteht in Deutschland zwar kein ipso iure wirkendes Verbot der Nachforschung, dagegen haben die in Frage Kommenden noch die exceptio plurium, mit der sie alle weiteren Feststellungsversuche und daran sich knüpfenden Ansprüche abschneiden können. Aehnliche Klauseln fremder Rechtsordnungen[101]) sind daher bei uns zu beachten. Anders absolute Verbote der Feststellung sowie Einschränkungen, die als Ausdruck einer sittlichen Ablehnung Sühne und Abschreckung bezwecken. Zwar verdient bei uns die Ehe als Grundlage des Familienlebens (RV. Art. 119 Abs. 1) besonderen Rechtsschutz; es ist jedoch nicht mit unseren sittlichen Anschauungen zu vereinbaren, daß das uneheliche Kind dafür büßt, daß die Eltern es außerhalb der normalen und erwünschten rechtlichen sanktionierten Gemeinschaft der Ehe erzeugt haben, und ihm dadurch jeder Anspruch auf Unterhalt gegen den Vater abgeschnitten wird. Das gilt auch für uneheliche Kinder, die in Ehebruch oder Blutschande gezeugt wurden; die Feststellung der Vaterschaft bedeutet nicht eine Sanktionierung rechtswidriger Geschehnisse; sie dient vielmehr wie stets, dazu, dem Kind die Ansprüche gegen den Vater zu sichern und diesem wenigstens die von der Sittlichkeit gebotenen Folgerungen seiner mißbilligten Handlungsweise zur Rechtspflicht zu machen (andere Bestimmungen wirken im allgemeinen nicht abschreckend, sondern eher im gegenteiligen Sinne).

---

[101]) Exceptio plur. z. B. in Holland, Einrede des unsittlichen Lebenswandels der Mutter schw. ZGB. Art. 315, dagegen ABGB. § 168 nur für vor der Geburt des Kindes erhobene Ansprüche bedeutungsvoll, Ehrenzweig § 460, III, 461, II.

Alle Verbote und Einschränkungen der erwähnten Art[102]) sind somit in Deutschland als gegen die guten Sitten verstoßend gem. Art. 30 nicht zu beachten[103]).

Daß in einem im Innland anhängigen Feststellungsverfahren übrigens ausschließlich die prozessualen Beweisregeln der lex fori, also der ZPO , zur Anwendung kommen, braucht kaum erwähnt zu werden; die vielfachen ausländischen Einschränkungen der Beweisführung sind gegenstandslos[104]) Dagegen wäre es falsch, auch das oben gewonnene Ergebnis auf dem Wege des internationalen Ziv. Proz. Rechts gewinnen zu wollen; denn die zahlreichen ausländischen Beschränkungen der Feststellung sind keine Prozeßvorschriften; ihnen liegt vielmehr im Fall des Verbotes jeder Feststellung, auch der Anerkennung, eine strikte Negierung des materiellen Rechtverhältnisses zugrunde, im Falle der Einschränkung der Feststellung handelt es sich analog einer Naturalobligation um ein »Naturalrechtsverhältnis«, das zwar besteht — es kann auch anerkannt werden — aber dem die Intensität der gerichtlichen Feststellbarkeit versagt ist; es handelt sich also um materiell-rechtliche Normen.

Hat das Eingreifen der Vorbehaltsklausel zur Feststellung der Vaterschaft geführt, so ist damit ein Rechtsgrundverhältnis festgestellt. Während das Eingreifen der Vorbehaltsklausel territorial bleibt, solange es die Auswirkungen eines Rechtsgrundverhältnisses betrifft; z. B die Unterhaltspflichten aufgrund eines Verwandtschaftsverhältnisses anordnet, wird ihm eine größere Bedeutung zugesprochen, sobald dadurch ein Grundverhältnis geschaffen, zerstört oder festgestellt wird. Das Grundverhältnis als solches kann nur als bestehend oder nicht bestehend gedacht werden; ist aufgrund einer Vorbehaltsklausel über Bestehen oder Nichtbestehen entschieden, so muß diese Entscheidung eine end-

[102]) Die Nachforschung ist überhaupt verboten z. B in Bulgarien, Altrumänien; nur in Ausnahmefällen, bei Verführung, Notzucht und Aehnlichem erlaubt in Rumänien (außer Alt.-Rum) Belgien seit 6. 4. 08, Italien Geringe Beschränkungen insbes. bezl. von spurii oder incestiosi z. B. in Frankreich (seit 12. 11. 1912), Griechenland, Schweiz, Brasilien.

[103]) Frankenstein Bd. 1, S. 231, 232, 217.

[104]) z. B. Belgien C C. Art. 340, b, II; umgekehrt besteht in Italien C. C. Art. 193 die Regel, daß dem unehelichen Kind bei bestimmten Beweisindizien jedenfalls ein U. Anspruch zusteht, z. B. wenn die Vaterschaft indirekt aus einem Zivil- oder Strafurteil hervorgeht oder aus einer ausdrücklichen schriftlichen Erklärung des Vaters.

endgültige und allgemeingültige sein. Diese positive Rechtsgestaltung, auf die die Parteien sich eingestellt haben, muß — völkerrechtlich — auch in dritten Staaten respektiert werden, soweit nicht deren o. p. entgegensteht[105]).

Das Gleiche gilt für den Fall, daß das zuständige Recht sich der Feststellung des Grundverhältnisses der Mutterschaft widersetzt[106])

Was die U.-Pflicht des unehelichen Vaters gegenüber dem Kind und der Mutter betrifft, so muß hier grundsätzlich das deutsche Recht nach Dauer und Modalitäten als sittliches Mindestmaß gelten[107]). Bezüglich des Maßes kann es sein, daß die Lebensstellung der Mutter (BGB. § 1701 Abs. 1) Anforderungen stellen würde, die die Leistungsfähigkeit des Vaters übersteigen; da in einem solchen Falle letztere praktisch der Maßstab für die Leistung sein muß, kann nichts gegen eine Bestimmung eingewendet werden, die von vorn herein von der Leistungsfähigkeit des Vaters ausgeht. Soweit ein Recht den Vater dadurch gegenüber dem deutschen Recht besserstellt, daß es die U.-Pflicht der Mutter der seinen im Rang gleichsteht (Norwegen Ges. über die unehelichen Kinder § 20) oder die des Vaters auf den zweiten Rang verweist (so Dänemark), verstößt das nicht gegen die guten Sitten; ebensowenig eine Abweichung von BGB § 1703 Falls für das uneheliche Kind nach den Tode des Vaters nicht durch ein Erb- oder Pflichtteilsrecht gesorgt ist (vergl. Eversley S. 602), muß auch hier die Bestimmung des deutschen Rechts BGB. § 1712 mit Hilfe von Art. 30 EG. zur Geltung gebracht werden.

Das Gleiche trifft zu für die gegenseitige U.-Pflicht zwi-

---

[105]) Vergl. Pill.-Nib. S. 419 f, Pill., Mélanges Bd. 1, S. 485, 501, der davon ausgeht, daß jeder Staat dem anderen dieselben Rechte zuerkennen muß, die er selbst beansprucht. Daran anknüpfend kann man sagen: Da an die Rechtsgestaltung oder Feststellung eines Rechtsgrundverhältnisses jeder Staat mit dem Willen herangeht, einen unbeschränkt gültigen Rechtsakt zu schaffen, muß dieser — völkerrechtlich — auch in allen anderen Staaten vorbehaltlich ihres o. p. anerkannt werden. Das positive ausländische I.P.R. kann natürlich, völkerrechtswidrig, davon abweichen.

[106]) Z. B. Brasilien Art. 364, C. C. fr. Art. 342 und 335.

[107]) Zurückhaltend Lewald S. 144, der es nur für »erwägenswert« hält, Art. 30 in seiner positiven Funktion anzuwenden, wenn den Vater nach dem zuständigen Recht keine U.-Pflicht trifft.

schen Mutter und unehelichen Kind[108]), sowie für die U.-Pflichten zwischen dem unehelichen Kind bezw. seinen Descendenten einerseits und den Ascendenten der Mutter andererseits[109]).

ee) Im Verwandtenunterhalt muß das deutsche Recht bezl. des Kreises der Pflichtigen, des Maßes und der Modalitäten der Leistungspflicht als Mindestmaß angesehen werden. Wenn in manchen Rechtsordnungen bezl. des Ranges die Ascendenten vor den Descendenten berechtigt oder verpflichtet sind (so Japan BGB. § 957), so fällt das nicht unter Art. 30; das Gleiche gilt, wenn Ausgleichsforderungen nicht oder nur beschränkt gegeben werden[110]).

ff) Die Bestimmung des Dreißigsten, BGB § 1969, fehlte in den Entwürfen und wurde erst von der Reichstagskommission »aus Rücksichten der Humanität und Billigkeit« eingesetzt, ist aber nachgiebiges Recht und kann vom Erblasser einseitig abgeändert oder aufgehoben werden (Staudinger § 1969, Anm 1 und 2). Bestimmungen ausländischer Erbrechtsordnungen, die den Dreißigsten nicht oder in geringerem Umfang kennen (vergl. ABGB. § 1243, Ehrenzweig Bd. 2, § 442; C. C. fr. Art. 1465), fallen daher nicht unter Art 30.

Dagegen muß § 1963 bezw. § 2141 BGB., die zwingender Natur sind (Staudinger § 1963, Anm 1), als sittliches Erfordernis angesehen werden (obwohl sie selbst nicht einwandfrei sind, da sie auf den Pflichtteilsberechtigten keine Anwendung finden, Staudinger § 1963 Anm. 3) Bestimmungen wie ABGB § 1243, der nur für die schwangere Witwe sorgt, fallen somit unter Art. 30.

gg) Was endlich die deliktischen U.-Ansprüche anlangt, so muß im Falle vorsätzlicher Körperverletzung oder Tötung das deutsche Recht, abgesehen von der dreijährigen Verjährungfrist des § 852 Abs. 1 BGB., wohl ebenfalls als sittliches Mindestmaß angesehen werden.

[108]) In England hat das uneheliche Kind auch gegen die Mutter nur bis zum 16. Lebensjahr einen U.-Anspruch, Eversley S. 597.

[109]) Nach französischem Recht ist z. B. ein Blutschande- oder Ehebruchskind seiner Mutter gegenüber nicht unterhaltspflichtig; ebensowenig ist ein uneheliches Kind den Großeltern gegenüber unterhaltpflichtig, Dalloz, Rép. prat. Bd. 1 Aliments, Bem. 12 und 13.

[110]) Sie sind z. B. im franz Recht nur anerkannt, wenn zur Zeit der Leistung durch einen U.-Pflichtigen die anderen schon durch Vertrag oder Urteil verpflichtet waren, einen bestimmten Teil des U. zu tragen, Dall. a. a. O. Bem. 136.

2) Für den Fall, daß das ausländische, zuständige U.-Recht über das deutsche hinausgeht[111]), muß grundsätzlich die Anwendung des Art. 30 ausgeschlossen sein; für Wohltaten sollen keine Grenzen gesteckt sein.

Einige zweifelhafte Fälle sollen jedoch geprüft werden:

a) BGB. § 1611 Abs 1 billigt demjenigen, der durch sein sittliches Verschulden bedürftig geworden ist, nur einen Anspruch auf den notdürftigen Unterhalt zu; die Bestimmung gilt für alle familienrechtlichen U.-Beziehungen, bei denen ein eigenes sittliches Verschulden des Bedürftigen überhaupt in Frage kommt, ausgen. den U.-Anspruch der Ehegatten, BGB §§ 1360, 1361. Viele ausländische Rechtsordnungen, z. B ABGB, C. C fr usw. gewähren auch in diesem Falle einen Anspruch auf den normalen Unterhalt. Die deutsche Vorschrift erweist sich zwar, wie die Motive (Bd IV, S. 372) hervorheben, als »heilsame im allgemeinen Interesse liegende Mahnung gegen Trägheit und Ausschweifungen«; die gegenteiligen ausländischen Bestimmungen indessen setzen für Trägheit und Ausschweifungen keine Prämien aus, sondern gehen nur mit verzeihender Geste darüber hinweg und entbehren also lediglich des abschreckenden Momentes; ein Anlaß zum Eingreifen des Art. 30 ist nicht gegeben.

b) nach BGB. § 1611 Abs. 2, § 2333, § 2335 beschränkt sich die Verpflichtung des U.-Pflichtigen auf die Leistung des notdürftigen Unterhalts, wenn der U.-Berechtigte sich ihm gegenüber bestimmter schwerer Verfehlungen schuldig gemacht hat. Vielen ausländischen Rechtsordnungen ist eine solche Beschränkung des U.-Anspruchs fremd. Was zunächst die Beschränkung des U. in diesen Fällen zwischen Ehegatten anlangt, so kann das Fehlen einer solchen Bestimmung keinesfalls als unsittlich angesehen werden; ist die eheliche Gemeinschaft durch das schuld-

[111]) Zahlreiche Fälle in fast allen U.-Arten: Bes. hinsichtlich eines weiteren Kreises der Familienunterhaltspflichten, vergl. C. C. fr. Art. 205, 207; schw, ZGB. Art. 328; Japan § 954; Italien C C. Art. 147, 141; Spanien Art. 143; Holland Art. 377, 378; Portugal Art. 74; Argentinien Art. 367; Chile Art. 321; Brasilien Art. 396 f usw. Wegen der U.-Ptl. des unehelichen Vaters vergl. § 7, II, 2; zahlreiche Rechtsordnungen verpflichten auch das uneheliche Kind, das mit Standesfolge anerkannt ist, dem Vater gegenüber zum U., z. B. schw. ZGB. Art. 325; Dalloz, C. C. Nouv. Art. 205 und 207, Anm. 12, weitergehend Anm. 14, Art. 206 und 207, Anm. 21; Rußland; C. C. ital. Art. 187. Wegen deliktischer U.-Ptlichten vergl. § 8, I, 2.

hafte Verhalten des einen Teils zerrüttet, so hat der andere Teil fast in jeder Rechtsordnung die Möglichkeit, eine Aufhebung der Gemeinschaft herbeizuführen, was auch eine entsprechende Regelung des U. zur Folge hat. Solange der andere Teil aber diese Folgerung aus der erlittenen Kränkung nicht ziehen will, erscheint es gerade vom sittlichen Standpunkt aus als höchst anfechtbar, ihm auf diese Weise eine Art privater Strafgewalt über den anderen Ehegatten zuzugestehen. Zweifelhafter erscheint der Fall zwischen Ascendenten und Descendenten. Eine Verzeihung zur Rechtsverpflichtung zu erheben, indem man demjenigen, der sich erheblich verfehlt hat, gegen den U.-pflichtigen Verwandten, nach wie vor einen Rechtsanspruch auf vollen U. gewährt, erscheint unbillig und entspricht nicht unserem sittlichen Empfinden; indessen bedeutet das noch nicht einen »Verstoß gegen die guten Sitten«, ein Eingreifen des Art. 30 EG. ist daher nicht am Platz.

c) Schließlich sollen noch Fälle erörtert werden, in denen ein ausländisches Recht auf grund von Familiengrundverhältnissen, die unserem Recht völlig fremd sind, U.-Verpflichtungen entstehen läßt, nämlich diejenigen bei polygamen Ehen mohamedanischer Rechtssysteme und beim Concubinat, das z. B. in China ein festes Familienrechtsinstitut ist, auch in Sowjetrußland in Form einer Art Ususehe besteht Beide Rechtsinstitute sind mit der Grundlage des deutschen Familienrechts, der monogamischen Ehe, unvereinhar, verstoßen also jedenfalls gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes und sind bei uns auch als sittenwidrig anzusehen. Der Eingehung eines solchen Familienrechtsverhältnisses auf deutschem Boden stünde also ohne weiteres Art 30 entgegen. Auch die Geltendmachung persönlicher Rechtswirkungen eines solchen Familienverhältnisses, wie das Recht auf Gemeinschaft, wäre in Deutschland zweifellos durch die Vorbehaltsklausel ausgeschlossen (wie das im Schrifttum an dem Schulbeispiel der Polygemie oft festgestellt ist) Anders liegt die Sache bezl. der entsprechenden U.-Pflichten: Der Umstand, daß sie rein vermögensrechtliche Ansprüche sind, schließt allerdings eine Beurteilung als sittenwidrig noch nicht aus; obligatorische Verträge auf Leistung eines Geldbetrags z. B. können dann u. a. sittenwidrig sein, wenn der andere Teil sich dafür zu einer unsittlichen Leistung verpflichtet; das polygame Zusammenleben ist nach unserer Auffassung unsittlich und diese U.-Ansprüche

stehen damit in der Tat im Zusammenhang; indessen stellen sie sich rechtlich keineswegs als »Entgelt für dieses Zusammenleben« dar, sie stehen mit diesem nicht in korrespektivem Zusammenhang; die U.-Verpflichtung soll das polygame Zusammenleben nicht erkaufen, sondern sie entspringt ebenso wie dieses aus der gemeinsamen Wurzel des Grundverhältnisses der Polygamie. Indem man eine U.-Pflicht anerkennt, werden infolge der fehlenden Korrespektivität nicht mit Notwendigkeit auch die unsittlichen Rechtsansprüche für das Inland anerkannt. Der Einwand, mit einer Zulassung dieser U.-Ansprüche erkenne man jedoch das unsittliche Grundverhältnis selbst an, geht fehl; denn die im Heimatland nach Heimatrecht eingegangene polygame Ehe müssen wir in ihrem Bestehen als solche anerkennen. Die Anerkennung ihres Bestehens ist ja zunächst ganz inhaltslos; ausgeschlossen soll es durch den Vorbehalt nur sein, ein solches Rechtsverhältnis, das sich mit dem Aufbau unseres Familienrechts und mit unseren sittlichen Anschauungen nicht verträgt, etwa im Inland einzugehen oder die Geltendmachung solcher Rechtwirkungen im Inland zu ermöglichen, die im engsten Zusammenhang mit seinem Wesen stehen und daher notwendig seinen sittenwidrigen Kern enthalten. Wir können also die aus der Polygamie (bezw dem Concubinat) entstehenden U.-Ansprüche und ihre Geltendmachung auch im Inland zulassen[112]).

Die Gefahr, daß dadurch die trotz der fehlenden Korrespektivität zwischen Gemeinschaft und U unbillige Lage entstünde, derzufolge zwar die Frau auf U, der Mann aber nicht auf Herstellung der Gemeinschaft klagen könnte, besteht nicht, da nach den in Frage kommenden Rechtsordnungen der Mann bei unbegründeter Gemeinschaftsverweigerung der Frau oder Concubine die Möglichkeit hat, ihr den U. zu verweigern bezw die Gemeinschaft überhaupt zu lösen. Der umgekehrte Fall, daß der Mann von der Frau U verlangt, ist hier nicht praktisch, abgesehen davon, daß die Frauen wohl gegen den Mann von vornherein kein Recht auf Gemeinschaft besitzen, das dem des Mannes gegen die Frauen oder dem der monogamen Frau gegen den Mann gleichkäme.

[112]) Im Ergebnis ebenso Frankenstein Bd 1, S. 208; die Begründung, daß die polygame Eigenschaft der Ehe für den deutschen Richter nur eine zufällige und gleichgiltige Begleiterscheinung ist, setzt die hier erklärte Abstrahierbarkeit der U.-Forderungen voraus.

3) Bei U.-Verträgen greift die Vorbehaltsklausel in gleicher Weise wie unter 1 ein. Das Erfordernis der Genehmigung des U.-Vertrags nach BGB § 1714 Abs. 1 durch das VG. fällt trotz seiner Zweckmäßigkeit nicht unter Art. 30, durch den inhaltlich ungünstige Verträge bereits ergriffen werden (vergl 1, dd). Bezl. der Form stellt das deutsche Recht beim U.-Vertrag, soweit er sich als Schenkung darstellt, das Erfordernis notarieller oder gerichtlicher Beurkundung auf Bescheideneren Ansprüchen des ausländischen zuständigen Rechts (Art 11) gegenüber ist ein Eingreifen des Art. 30 nicht am Platz. Auch eine »arglistige« Wahl der lex loci actus für die Form gegenüber dem strengeren materiellen, zuständigen Recht muß ohne Rechtsfolgen bleiben, da die strengere Formvorschrift zwar zum Schutz einer Partei besteht, ihre Vermeidung aber noch nicht eine sittenwidrige materiellrechtliche Uebertölpelung dieser Partei zum Zweck haben muß und eine solche ja, soweit das materiell zuständige Recht ihr Raum ließe, von der Vorbehaltsklausel unschädlich gemacht würde.

III. Kurz zur Frage des arglistigen d h lediglich zum Zweck der Herabminderung der U.-Pflicht bezw. Erhöhung des U.-Anspruchs, zum Schein, ohne Eingliederung in die neue Rechtsordnung, vorgenommenen Statuswechsels (vergl. Frankenstein Bd. 1, S. 164):

Soweit die Anwendung der zuständigen ausländischen Normen an sich infolge ihres Inhaltes gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt, ist der für das U.-Recht unter II erörterte Fall des Art. 30 EG. gegeben. Es ist aber möglich, daß an den nach dem arglistigen Statutenwechsel maßgebenden ausländischen Normen nichts auszusetzen ist und trotzdem der Zweck des Statutenwechsels erreicht wird; das kann z B. der Fall sein, wenn die U.-Pflicht nach der Scheidung damit beschränkt oder aufgehoben werden soll (vergl. II, 1, b, aa) oder das nunmehr maßgebende U.-Recht gegenüber dem zuvor maßgebenden eine sonstige Beschränkung bedeutet, ohne als solches unter Art 30 zu fallen (vergl. II). Gewiß, die jetzt maßgebenden Normen würden ohne Bedenken anwewendet, wenn das Statut von vorn herein gegeben oder nicht gerade allein in der erwähnten Absicht zum Schein erworben wäre; die Gegenpartei hätte sich in diesen Fällen ohne weiteres mit ihrer schlechteren Rechtsstellung abfinden müssen. Trotzdem bleibt

dieser Statutenwechsel ein grober Mißbrauch der familien- und erbrechtlichen C. N, die die Rechte und Pflichten nach der inneren Zugehörigkeit zu einer Rechtsgemeinschaft bestimmen und nicht umgekehrt diese Zugehörigkeit zu leeren Formen herabdrücken wollen, die man zum Schein ausschließlich des eigenen Vorteils willen nach Gutdünken wechselt. Ein solcher Mißbrauch der C. N. verstößt gegen die guten Sitten. Freilich hatte man diesen Fall bei Abfassung des Art. 30 nicht im Auge; sein Eingreifen wäre nur gegenüber der Anwendung ausländischer Gesetze möglich, während er folgerichtig u U. auch die Anwendung der deutschen Gesetze ausschließen müßte[113]); es ist zweifelhaft, ob gestützt auf den Wortlaut, Art. 30 eine solche (lückenhafte) Anwendung de lege lata finden kann.

IV. Teil.

§ 15. Einfluß ausländischer international-privatrechtlicher Beurteilung der Unterhaltspflichten.

Es ist denkbar, daß ein U.-Fall nach ausländischer I P.-rechtlicher Beurteilung einem anderen Recht untersteht als nach der deutschen

I Grundsätzlich ist das ausländische I P R für uns belanglos, die Beurteilung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses richtet sich nach dem von unserem I P R. als maßgebend bezeichneten Recht. Wird nach diesem Recht Unterhalt nicht geschuldet, so kommt im Fall einer Leistung eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Frage nach dem Recht des Ortes der Bereicherung (Neumeyer § 36), das solche Ansprüche jedoch aus dem Gesichtspunkt einer sittlichen Leistungspflicht ausschließen kann (z B BGB. § 814). Wird umgekehrt gem dem nach deutschem I P.R. maßgebenden Recht, das eine Schuld verneint, U. nicht geleistet, entgegen dem nach ausländischen I P.R. maßgebenden Recht, so knüpfen sich daran keinerlei Rechtsfolgen.

[113]) Frankenstein Bd. 1, S 164 f will unterscheiden zwischen dem Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Rechtsgeschäft mit dem neuen Staat und dem Erwerb durch tatsächlichen Vorgang bezw. Privatrechtsgeschäft; im Fall des Erwerbs durch Privatrechtsgeschäft soll die Vorbehaltsklausel nicht in Frage kommen, da der alte Staat die Möglichkeit habe, das Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären. Allein die Vorbehaltsklausel ist dazu da, dem Inland alle gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtserscheinungen fernzuhalten, ohne Rücksicht auf ihre Beurteilung in irgend einem ausländischen Recht!

Ebenso ist es ohne Bedeutung, wenn die ausländische außergerichtliche Beurteilung im Gegensatz zu der dem deutschen I P.R. gemäßen zur Verneinung einer U.-Pflicht führt; zu beachten ist jedoch, daß im allgemeinen nur bei schuldhafter Verletzung der U.-Pflicht (die dem deutschen I P. R. entspricht) schuldrechtliche oder familien- und erbrechtliche Folgen der Nichterfüllung eintreten können und eine abweichende ausländische I. P R. Beurteilung u. U. ein Verschulden des U.-Pflichtigen ausschließt.

Ebenso sind die Fälle zu lösen, in denen die ausländische außergerichtliche Beurteilung erst aufgrund der ausländischen Vorbehaltsklausel von unserer Beurteilung abweicht.

II. Es ist möglich, daß ein ausländisches Gericht unter Zugrundelegung einer von der deutschen abweichenden I P R.-Auffassung ein Urteil in einem U.-Prozeß erlassen hat. Dann kann die ausländische Beurteilung auf dem Wege über die grundsätzliche Anerkennung des ausländischen rechtskräftigen Urteils bei uns Bedeutung erlangen.

1) Außer bei den in ZPO § 328 Ziff. 1 und 2 aufgeführten prozeßualen Mängeln kann ein ausländisches Unterhaltsurteil bei uns gem. Ziff. 3 dann nicht anerkannt werden, wenn zum Nachteil einer deutschen Partei, sei es des auf Unterhalt in Anspruch Genommenen oder des U Begehrenden, von den dort aufgeführten deutschen C. N. abgewichen wurde, die direkt oder indirekt wegen der Feststellung des Grundverhältnisses für die U.-Pflichten in Frage kommen[114]) Ein von den übrigen C N, insbes Art 14, 15, 19, 20, 21, 24, 25 zum Nachteil der deutschen Partei abweichendes ausländisches U.-Urteil wird anerkannt, soweit nicht noch § 328, Ziff. 4 oder 5 ZPO. entgegenstehen. Durch § 328 Ziff 4 ist der durch Art. 30 EG. gesicherte jeweilige Mindestunterhalt auch gegenüber ausländischen U.-Urteilen gesichert Es fragt sich, welche Bedeutung den Spezialvorbehalten in Art. 12 und 21 EG. zukommt gegenüber ausländischen Urteilen; da durch diese beiden Normen gerade eine gerichtliche Geltendmachung weiterer U.-Ansprüche ausgeschlossen sein soll (vergl § 7, II; § 11), so ist kein Zweifel, daß durch diese Vorbehalte auch die gerichtliche Verfolgung solcher

[114]) Das Ehe- und Familienrechtsverhältnis kann auch nur Incidentpunkt sein, Förster-Kann § 328 Anm. 3, c, cc.

Ansprüche mittels eines ausländischen Urteils ausgeschlossen sein muß. Andererseits muß ZPO. § 328 als erschöpfende Norm angesehen werden. Die erwähnten ausländischen Urteile, deren Inhalt mit den Vorbehalten des Art. 12 oder 21 EG. nicht im Einklang steht, müssen also, soweit nicht einer der in § 328 aufgezählten Fälle zutrifft, anerkannt werden, was alle nachher zu erwähnenden Folgen in sich schließt, ausgenommen eine: Es kann nämlich, soweit das ausländische Urteil im Widerspruch mit Art 12 oder 21 steht, kein Vollstreckungsurteil nach ZPO. § 722, § 723 ergehen. Die Vollstreckung ist insoweit als ein Teil der gerichtlichen Geltendmachung ausgeschlossen.

Gegenüber Urteilen aufgrund des Haager Ehescheidungsabkommens gilt § 328 Ziff. 4 nicht (Stein-Jonas § 328 Anm. VII, 3).

Bezügl. § 328 Ziff. 5 ist zu bemerken, daß die Gegenseitigkeit nur bei ganz wenigen Staaten verbürgt ist (vergl. Stein-Jonas § 328 Anm. VIII, D und E).

2) Die Anerkennung bezieht sich auf alle Wirkungen des Urteils, insbes. auf die Rechtskraft (vergl. Stein-Jonas § 328 Anm. I, hier auch über die weiteren prozeßrechtlichen Fragen). Soweit also ein ausländisches U.-Urteil auf grund einer Vorbehaltsklausel nur »angebrachtermaßen« ergangen ist, steht dem Erlaß eines abweichenden inländischen Urteils nichts im Wege. Ob das anerkannte Urteil gem. ZPO. § 323 abgeändert werden kann, hängt, wie in § 3 Ziff. 3 bemerkt, von der Konstruktion des U.-Anspruchs, in dem nach deutschem I P.R. maßgebenden Recht ab; im Fall einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse könnte man eine weitere Anerkennung des ausländischen U.-Urteils wohl auch mit § 328 Ziff. 4 ZPO. unterbinden und damit den Weg für ein neues Urteil freigeben.

3) Materiell-rechtlich ist noch zu bemerken: Handelt es sich um ein »anerkanntes«, aber nur »angebrachtermaßen« erlassenes U.-Urteil, so kann eine Nichterfüllung der darin bestimmten U.-Pflicht Rechtsfolgen nach unserer Beurteilung nicht nach sich ziehen. In allen übrigen Fällen der Nichterfüllung eines anerkannten ausländischen U.-Urteils gilt folgendes: Dieses Urteil vermag die Rechtslage an sich, wie sie sich nach dem gemäß den deutschen C. N. maßgebenden Recht ergibt, nicht zu ändern; es hat nur prozeßrechtliche Rechtskraft nach Maß-

gabe seiner lex fori, wobei jedoch das einem Urteil nach deutschem Z.P.-Recht innewohnende Wirkungsmaß das Höchstmaß bilden muß[115]).

Die Anerkennung des abweichenden Urteils hat jedoch zur Folge, daß die in seinem Tenor ausgesprochene Rechtslage als die wirkliche zu gelten hat, soweit es sich um die Rechtsfolgen einer ihm entsprechenden Leistung oder Nichtleistung handelt.

a) Bei urteilsgemäßer Leistung kommt also eine condictio indebiti nicht in Frage, auch wenn nach der materiellen Rechtslage eine Leistungspflicht nicht besteht; wenn nach der materiellen Rechtslage eine Leistungspflicht besteht, gem. dem anerkannten Urteil aber nicht zu leisten ist, so kommen infolge Nichtleistung des Unterhalts keinerlei Rechtsfolgen in Betracht.

b) Wird dem anerkannten U.-Urteil zuwider nicht geleistet, so kann es auf grund eines nach § 722, 723 ZPO. ergangenen Vollstreckungsurteils vollstreckt werden (soweit es nicht den Vorbehalten der Art. 12 oder 21 EG. zuwiderläuft). Die Mittel zur Verwirklichung des Urteils sind jedoch auf diese prozeßulen Vollstreckungsakte beschränkt; da das Urteil, wie betont, an der entgegengesetzten materiellen Rechtslage nichts ändert, kommen keinerlei materiellrechtliche Folgen einer Zuwiderhandlung gegen ein auf U.-Leistung lautendes Urteil in Betracht, weder schuldrechtliche, noch familien- oder erbrechtliche, noch strafrechtliche (vergl. Frank Strafgesetzbuch § 361, Anm. X).

Wird andererseits entgegen dem eine U.-Pflicht verneinenden anerkannten Urteil gem. der tatsächlichen Rechtslage Unterhalt geleistet, so kommt eine condictio indebiti in Frage, soweit das »Bereicherungsrecht« (Neumeyer § 36) den Anspruch nicht aus dem Gesichtspunkt einer Ertüllung einer sittlichen Pflicht versagt (vergl. z. B. BGB § 814).

4) Wie eingangs erwähnt, sind wir bei diesen Erörterungen davon ausgegangen, daß das ausländische anerkannte Urteil zufolge des von unserem abweichenden ausländischen I.P.R. auf grund einer Rechtsordnung ergangen ist, die bezl. der Bejahung oder Verneinung der U.-Frage im Gegensatz steht zu der nach unserem I.P.R. zuständigen Rechtsordnung; es ist aber auch

[115]) Vergl. Förster-Kann zu § 328; über die in der Wissenschaft herrschende prozeßrechtliche Theorie der Rechtskraft Stein-Jonas § 322, Anm. I, 3, II, 1, II; Förster-Kann § 322 Anm. 2.

denkbar, daß die beiden erwähnten Rechtsordnungen die U.-Pflicht bejahen, jedoch in verschiedenem Umfang. In diesem Fall unterscheidet sich die Rechtslage von der unter 3) besprochenen in einem wesentlichen Punkt: Soweit nämlich nach der gemäß dem deutschen I.P.R. zuständigen Rechtsordnung ebenfalls eine U.-Pflicht gegeben ist, deckt sich das Urteil mit der materiellen Rechtslage. Wird nun dieser materiell-rechtlichen U.-Pflicht entgegen nicht erfüllt, so treten natürlich auch die ev. materiell-rechtlichen Folgen schuldrechtlicher, familien- und erbrechtlicher, sowie strafrechtlicher Art ein; das hiefür maßgebende Recht ist in § 3, Ziff. 6 und 7 besprochen.

NACHWORT.

§ 16. Zur Vereinheitlichung des Rechts.

I. Das U.-Recht gehört zu dem Privatrechtsgebiet, auf dem die sittlichen Anschauungen eines Volkes einen besonders starken Ausdruck finden, dem Familienrecht. Ideelle Bewegungen, insbes. religiöse, von denen im Verlauf der Geschichte die eine diese, die andere jene Völkergruppe ergriffen hat, zusammen mit einer in den großen Linien ähnlich verlaufenen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung, haben innerhalb dieser Völkergruppen eine beträchtliche Uebereinstimmung der Familienrechtsinstitute und der ihnen entspringenden Rechte und Pflichten hervorgerufen. Aus der schwer zu entwirrenden Verschlingung von Lebensbedingungen, Erlebnis und individuellen Eigenschaften haben die Völker auch innerhalb einer solchen Gruppe wiederum Eigenheiten auf sittlichem und sozialen Gebiet hervorgebracht. Es ist klar, daß das so herangebildete Familienrecht der Völkergruppen wie ihrer einzelnen Völker nicht einfach zugunsten einer Rechtsvereinheitlichung über Bord geworfen werden kann. Der Versuch wäre unsinnig, solange die Entwicklung noch nicht zu einer sittlichen und sozialen Uniformierung der Völker selbst geführt hat. Der immer zunehmende internationale Verkehr wird im Schuld- und Sachenrecht eine verhältnismäßig rasche materielle Rechtsangleichung in wünschenswerter Weise herbeiführen, nicht aber auf dem Gebiet des Familienrechts, wo sie auch vom praktischen Standpunkt aus nicht so vordringlich ist; denn die naturgemäß gründliche Ueberlegung der viel selteneren Familienrechtsgeschäfte läßt auch der Berücksichtigung der internatio-

nalen Rechtsverschiedenheit genügend Raum. Uebrigens bestehen auf unserem Gebiet einschneidende Unterschiede innerhalb des abendländischen Kulturkreises nur bezl. des Unterhalts zwischen Vater und unehelichem Kind und des zugrundeliegenden Grundverhältnisses, des Unterhalts zwischen Verwandten in der Seitenlinie und zwischen Verschwägerten.

II. Es ist klar, daß eine internationale Vereinheitlichung der C. N. bei dem steigenden internationalen Verkehr die infolge der Relativität der Problemlösungen sehr mißliche Unsicherheit in wünschenswerter Weise beseitigen würde. Innere Gründe wie zu I stehen einer Vereinheitlichung der C. N. nicht im Wege. Bezüglich der Wahl des Anknüpfungspunktes stehen sich auf dem Gebiet des Familienrechts im Wesentlichen die kontinentale Staatsangehörigkeitslehre und die anglo-amerikanische Wohnsitzlehre gegenüber, keine allerdings infolge der Tradition zu einer Angleichung an die andere geneigt. Der steigende internationale Verkehr wird beiden Anknüpfungspunkten ihre Dauerhaftigkeit und damit ihre Bedeutung schmälern, ohne daß sich entscheiden läßt, welcher der beiden Anknüpfungspunkte sich mehr bewähren wird oder ob sie später beide dem heute noch mit Recht als zufällig und beziehungslos abgelehnten »Aufenthaltsort« weichen werden. Daß aber mit der Wahl des gleichen Anknüpfungspunkts allein eine Rechtsgleichheit auf dem Gebiet des I.P.R. noch nicht besteht, darüber sind vor allem die Ausführungen Franz Kahns »Gesetzeskollisionen«, bes. § 31 zu vergleichen. Zu beachten ist auch, daß die insbes. in den romanischen Ländern ausgiebig angewandten Vorbehaltsklauseln einer praktischen Rechtsvereinheitlichung im Wege stehen, deren Beschränkung wegen ihrer engen Beziehung zum materiellen Recht sich nur langsam durchsetzt.

Druckfehler-Berichtigung:

lies	Seite	8,	23.	Zeile:	eine geschlossene Sondergruppe ist, materiell zu unterscheiden zwischen Unterhaltsverträgen,
„	„	14,	3.	„	Bestehen
„	„	20,	4.	„	Verletzung
„	„	40,	5.	„	von unten: Art. 17
„	„	47,	12.	„	hat bezgl. des
„	„	69,	17.	„	gegen den Bruder
„	„	78,	13.	„	gegen den Anstifter
„	„	78,	15.	„	an dem dieser